



Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

Abílio Souza e Silva Neto

O Direito do Trabalho na dinâmica flexibilizatória da jornada de trabalho: as experiências recentes de Brasil e Portugal

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, perfil Ciências Jurídico-Laborais, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Dray.

Lisboa, 2018

Para Larissa, Cecília, Aníbal,
Andrea, Camila, Felipe,
Patrícia, Frederico, Eugenio,
Alessandra, Sara, Adriano, e
todos aqueles que me fazem
suportar as angústias do
caminho.

O Direito do Trabalho na dinâmica flexibilizatória da jornada de trabalho: as experiências recentes de Brasil e Portugal

Resumo

O presente estudo comparado entre as sistemáticas regulatórias do tempo de trabalho em Brasil e em Portugal propõe a indagação dos fins almejados e dos resultados colhidos pelos dois países, principalmente, após as recentes reformas nas respectivas legislações trabalhistas.

Para tanto, leva-se em conta o processo de reestruturação econômica que reconformou as bases juslaborais por todo o globo. Em uma abordagem mais específica, propõe-se o exame da ruptura do modelo neoliberal com o colapso financeiro de 2008, e da crise política brasileira a partir de 2015, que resultou na conturbada mudança de governo no país.

Na linha do que se vinha concebendo o Direito do Trabalho em moldes neoliberais, ou seja, enquanto instrumento de fomento da competitividade empresarial, esse ramo jurídico passa a ser encarado como o paliativo imediato das crises econômicas que se abatem sistematicamente sobre as nações mundiais, sobretudo, aquelas consideradas periféricas.

A ausência de fronteiras comerciais na aldeia global, potencializada pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e dos meios de telecomunicação, acentua a dependência das economias menos industrializadas relativamente ao capital privado. Em consequência, os custos laborais passam a ser vislumbrados como moedas de troca em uma verdadeira corrida ao fundo, impulsionada por Estados destituídos de parcela da soberania, e protagonizada a contragosto pelos trabalhadores.

As recentes alterações legislativas efetuadas nos dois países analisados denotam essa instrumentalização do Direito do Trabalho. As reformas refletem a tendência da flexibilização das normas justralhistas mediante a inversão da lógica protetiva que compreendera as regras atinentes à duração do trabalho na sistemática de proteção da saúde e

da segurança no ambiente laboral. Esse movimento implica, ainda, na crescente intensificação do trabalho por meio da distribuição cada vez mais heterogênea das horas de trabalho.

A clássica distinção entre trabalho e não-trabalho, mediante a fixação de limites claros de jornada, tal como conquistada no Estado Social e consolidada no Estado Democrático de Direito, passa por um processo de evanescimento. Essa dinâmica transparece com a implementação de regimes de trabalho delimitados sob parâmetros médios (bancos de horas e adaptabilidade) cada vez mais alargados, a desconsideração do cômputo na jornada de lapsos de inatividade em que o empregado permanece adstrito à atividade laboral, o sacrifício cada vez mais evidente dos períodos de descanso etc.

A pesquisa cuida, portanto, da análise pontual dos elementos jurídicos conformadores da dimensão temporal do trabalho nos dois ordenamentos, seguida da comparação estrutural entre eles, sempre acompanhada dos delineamentos jurisprudenciais respectivos, assim como do pano de fundo constitucional e da normativa internacional incidente.

Palavras-Chave

Flexibilização; jornada de trabalho; descanso; saúde e segurança no trabalho

Abstract

The present comparative study between Brazilian and Portuguese's systematic of working time regulations seeks to question the goals aimed and the results achieved by these nations, mainly, afterwards the recently reforms on the respective labour legislations.

This requires taking account of the economic restructuring process that reshaped labour law basis on worldwide. At a more specific approach, the study proposes examination of the neoliberal model's rupture on 2008th financial crash, as also of the Brazilian political crisis, as of 2015, which resulted on the troubled government shifting.

According to the labour law concept on neoliberal basis, that is, while instrument to promote companies competitiveness, this field of law turns to be faced as the prompt remedy of the economic crisis that systematically hatches upon nations, mainly, the peripheral ones.

The absence of commercial borders on the global net, enhanced by the development of information technology and telecommunications, increases the minor industrialized nation's dependence in relation to the private capital. Consequently, labour costs become to be marked as currency on a patent race to the bottom, fostered by sovereignty lacked States and inevitably featured by workers.

The recent legislative changes faced by the two studying countries denote this labour law instrumentalisation. It reflects the tendency of the labour law flexibilization process throughout detaching working time regulation from the systematic of health and safety on labour environment. This tendency implies also on growing intensification through increasingly heterogeneity of the working hours' distribution.

The classic distinguishing of work and non-work, upon setting clear working time borders, such as built on Welfare State's and consolidated on Democratic Constitutional's, faces an evanescence process. This dynamic expresses itself as the working time is delimited on increasingly extended average basis, the inactivity time lapses on working related conditions are disqualified as hour of work, the free time sacrifice increases etc.

So, the study points the law elements that conforms the temporal working time dimension at the two legal systems, followed by their structural comparison, always

associated with respective jurisprudence and the constitutional and international normative grounds.

Keywords

Flexibilization; working time; free time; healthy; safety

Índice

Introdução	8
1 Caracterização geral do objeto de estudo	11
1.1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	11
1.2 A ECONOMIA NO SÉCULO XXI	17
1.3 A REGULAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO	24
1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	36
1.5 A NORMATIVA INTERNACIONAL	52
2 A evolução dogmática do tempo de trabalho	59
2.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	59
2.2 A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	68
3 A flexibilização dos tempos de trabalho nos sistemas jurídicos brasileiro e português sob o viés do Direito Comparado	72
3.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	73
3.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	106
3.3 SÍNTESE COMPARATIVA	143
Conclusões	151
Bibliografia	158

Introdução

A pesquisa centra-se nas mudanças na legislação do trabalho, relacionadas à questão da jornada de trabalho, experimentadas nos últimos vinte anos no Brasil e em Portugal. Para tanto, propõe-se analisar o conceito de jornada de trabalho e suas figuras assemelhadas, a importância atribuída pela comunidade epistemológica à demarcação entre tempos de trabalho e de não-trabalho, os reflexos deste na saúde e no desenvolvimento do trabalhador, bem como o processo global de flexibilização das normas trabalhistas, o pano de fundo constitucional dos dois países e o cenário normativo internacional que contextualiza as reformas ao longo do globo.

Após a pontuação das principais figuras jurídicas relativas à regulação do tempo de trabalho, os pontos de flexibilização pertinentes e o tratamento dispensado pela jurisprudência dos dois países, realizar-se-á o estudo de direito comparado com foco na estrutura jurídica dos sistemas abordados, especialmente sobre aspectos como coerência e hierarquia normativa.

Objetiva-se, com isso, identificar semelhanças e diferenças nas duas realidades estudadas, seguindo o recorte do tempo de trabalho, e confrontar como o Direito do Trabalho tem sido encarado em face do contexto socioeconômico de Brasil e Portugal.

Pretende-se indagar, em primeiro lugar, em que medida o processo de flexibilização da jornada de trabalho experimentado leva em conta o bem estar dos trabalhadores e o fomento ao emprego ou se volta exclusivamente aos anseios empresariais. Questiona-se, ainda, se a atuação do Poder Judiciário dos dois países tem se coadunado com os princípios comezinhos do Direito do Trabalho.

Tais questões se abrem em face da perspectiva de que a flexibilização da jornada de trabalho tem contribuído para a perpetuação de um sistema de produção de riquezas contrário à emancipação do homem pelo trabalho.

Dentre as nefastas consequências proporcionadas pelo sistema de produção de riquezas atual destacam-se o crescimento da intensificação do trabalho e do comprometimento dos períodos de descanso, assim como a ausência de contrapartidas a

nível individual, haja vista o achatamento do padrão remuneratório. Tampouco se tem colhido frutos no que se refere ao desenvolvimento econômico e social dos Estados sob análise, à evidência do movimento de diminuição de postos de trabalho e baixa recuperação das empresas, sobretudo de pequeno e médio porte.

Não obstante o caráter combativo clássico do Direito do Trabalho, que se apresenta como um instrumento de resistência ao modelo capitalista baseado no crescimento e no consumo insustentáveis, a implementação de legislações inconsistentes com as Constituições Sociais consagradas no plano interno, e o comportamento reacionário das instituições, incluindo-se o Poder Judiciário e parcela relevante dos atores internacionais, sugerem que ambas as realidades jurídicas parecem confluir à reconfiguração das bases juslaborais, mais afinadas ao modelo econômico liberalizante, e menos sustentadas no compromisso de promoção da justiça social.

A relevância do tema liga-se à expansão das chamadas tecnologias da informação e à formação de um mercado consumidor sob demanda, fatores que se conjugam para reclamar o gerenciamento mais flexível da jornada de trabalho, e o aumento da procura por ocupações por temporada, intermitentes e externas. Além disso, as recorrentes crises do capital e o apelo inclemente por competitividade têm impactado na intensificação da exploração de mão de obra, fenômeno de difícil diagnóstico e sindicância, não necessariamente acompanhado da extensão das jornadas.

A pertinência do assunto ganha força ainda em face da escassez literária de estudos comparados entre as realidades brasileira e portuguesa no que toca à jornada de trabalho, sua flexibilização e o modo como a jurisprudência dos dois países tem lidado com a questão.

A pesquisa parte da reunião da bibliografia jurídica, sociológica e econômica relevante à flexibilização da jornada de trabalho, passando a confrontar a legislação pertinente e a jurisprudência dos dois países.

O estudo aproveita, por fim, aos envolvidos no processo legislativo e na concepção e execução de políticas públicas, sobretudo em momentos de crise econômica, aos magistrados, situando as respectivas decisões no contexto macro, e à comunidade acadêmica, ao propor uma análise interdisciplinar e comparada cambiante entre as searas jurídica, sociológica, política e econômica de Brasil e Portugal.

Dividir-se-á a abordagem em três grandes eixos: o primeiro, a contextualizar a temática no desenvolvimento do Direito do Trabalho e em sua relação com os movimentos econômicos modernos, bem como na regulação jurídica geral do tempo de trabalho e no processo de flexibilização fruto da reestruturação produtiva pós-toyotista, e, ainda, no tratamento normativo de âmbito internacional; em um segundo momento, analisar-se-á a evolução dogmática luso-brasileira do tempo de trabalho nos últimos vinte anos; por fim, a pesquisa focará nos principais pontos de flexibilização da regulação da duração do labor a fim de promover um estudo comparado entre os diferentes sistemas.

1 Caracterização geral do objeto de estudo

1.1 *O desenvolvimento do Direito do Trabalho*

Para examinarmos a questão do tempo de trabalho, necessário realizar-se uma incursão na evolução do Direito do Trabalho desde o aparecimento dos primeiros traços marcantes, no desenrolar da Revolução Industrial, até os dias atuais, marcados pela repercussão cada vez mais evidente das crises econômicas no delineamento da vida política moderna.

O desenvolvimento das indústrias manufatureiras em consequência principalmente à invenção da máquina a vapor e do tear na Inglaterra do século XVIII trouxe à superfície a necessidade de intermediação de mão de obra operária, em substituição às então consolidadas corporações de ofícios, de modo a atender à nova sistemática de produção de bens de consumo, então concebida pela nova classe burguesa, emergida à vanguarda política após os movimentos insurrecionais franceses do mesmo período.

A nova indústria não se limitava mais ao ciclo luminoso solar e às alterações climáticas, tampouco às forças do homem trabalhador. O potencial produtivo poderia então ser explorado no ritmo de máquinas cuja propulsão não dependia mais do empreendimento humano.

Não obstante, o ser humano jamais foi afastado desse sistema de produção de bens, passando naquele momento a se adaptar à realidade então institucionalizada, a qual, anos depois, resultou na formação de grandes empreendimentos industriais, que detinham a prerrogativa de exploração da mão de obra operária, não mais restrita a homens adultos, mas estendida a mulheres e crianças, por períodos de tempo que passaram a desafiar os antigos costumes.

Portanto, dentre os impactos causados pela denominada Revolução Industrial, a sobre-exploração da mão de obra humana deu origem aos primeiros movimentos coletivos de trabalhadores, em reclame de melhores condições de trabalho. A revolução industrial e científica gerou uma segunda história – para além do triunfo

incontestável e do progresso fantástico com o aumento da produção e da produtividade, das novas tecnologias e ideias etc. –, compreendida pelo aumento intensivo e extensivo da jornada de trabalho, a expulsão dos trabalhadores das terras onde viviam e trabalhavam, a precarização das condições de trabalho, a degradação do ambiente urbano e da vida doméstica, além da referida incorporação das mulheres e crianças à força de trabalho industrial (SILVA, 2013, p. 29).

No período de instalação do modelo capitalista de produção, emerge a questão social, como o seu contraponto direto, porquanto, à margem do progresso do capitalismo, constatou-se uma incontestável epidemia de pobreza sobretudo nos polos urbanos industriais.

Após a sensibilização dos primeiros efeitos dos novos processos de manufatura, as relações do trabalho tiveram, em 1848, com o lançamento d'O Manifesto Comunista, de Karl Marx e Friedrich Engels, um dos momentos mais relevantes na história recente.

O documento chamava a classe trabalhadora à luta política de direitos até então sonegados pelos governos europeus. Os autores pregavam a união dos proletariados como o único caminho no embate aos interesses da classe burguesa. É nesse momento que a sociedade ocidental testemunha o nascimento das primeiras associações de trabalhadores, coletivos criados com o intuito de fazer frente à luta de classes conclamada no Manifesto.

Inicialmente conformados à margem do sistema político, esses movimentos coletivos foram, paulatinamente, superando as páginas policiais e ganhando espaço no cotidiano das indústrias, à medida que cresciam em número e respondiam pela negociação de melhores condições de trabalho perante os empresários da época. As primeiras greves refletem o cenário institucional hostil então predominante.

Após a saturação do Estado Liberal burguês com o estopim da 1ª Grande Guerra, as respectivas nações vencedoras compactuaram, no âmbito do Tratado de Paz de Versalhes, em 1919, a emergência da normatização de diretrizes regentes das relações trabalhistas, em face das consequências deletérias da Revolução Industrial ao proletariado. Como instrumento de pacificação no labor, instituiu-se, na Parte XIII do

tratado a Organização Internacional do Trabalho – OIT, entidade responsável por reunir centenas de países em todo o globo em torno da temática do trabalho.

Dos escombros da guerra viu-se o levantar do Estado Social e, com ele, um novo constitucionalismo, carreado pelas Cartas Magnas do México, de 1917, e de Weimar, em 1919. Em contraponto ao paradigma liberalista, patrimonial e individualista preponderante no Direito Constitucional desde os fins do século XVIII, o maior envolvimento do Estado nos negócios privados por meio, principalmente, da assunção de prestações de natureza positiva, deu ensejo à institucionalização dos Direitos do Trabalho e da Previdência, assim como ao nascimento, em alguns países, de um ramo do Poder Judiciário dedicado exclusivamente à apreciação de questões trabalhistas (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2017, p. 78).

Relativamente aos movimentos insurrecionais operários pós-revolução industrial, em suma, verifica-se que o estado inicialmente se valeu de seu poder coercitivo para reprimir; todavia, modificou sua postura sob o influxo da Doutrina Social da Igreja (que preconizava a Justiça Social), do Manifesto Comunista (que impulsionou os operários a reivindicarem seus direitos) e da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), que demandava harmonia interna e pacificação das relações de trabalho (ARMANDO; PEREIRA, 2016).

Por sua vez, a 2ª Guerra vem denunciar os pontos fracos do modelo constitucional recém-implantado, na medida em que as forças nazifascistas propõem a sua eugenia dentro de parâmetros *formalmente* estabelecidos. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em resposta, passa a consagrar um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, igualmente fincado na centralidade da pessoa humana e, principalmente, em sua dignidade, passando-se a prestigiar, então, o modelo de Estado responsável por tutelar um núcleo de direitos, ditos fundamentais, incólumes à ação estatal e do mercado (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2017, p. 78–79).

Com efeito, o princípio da dignidade humana era apontado como princípio absoluto nas décadas de 1950 a 1970, nas quais vigorou o Estado de Bem-Estar Social. Com o declínio do Estado Social, reinstalou-se o Estado Democrático de Direito, renovando a perspectiva da relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema de

seguridade e contributivo, baseado no princípio da solidariedade (TORRES, 2003, p. 3-27, apud SILVA, 2013, p. 54).

A nova realidade jurídica, paulatinamente absorvida nos países centrais europeus e demais nações ocidentais, postula o resguardo da dignidade humana ainda que eventualmente em desfavor de interesses majoritários. O Estado Democrático de Direito propõe, assim, a reconstrução dos conceitos de legalidade e de democracia, refletindo-se sensivelmente nas relações jurídicas privadas, sobretudo as laborais.

O desenvolvimento do Direito do Trabalho por meio de regulação jurídica específica e autônoma, distanciada amiúde dos Códigos Civis, sempre teve como motes essenciais à relação trabalhista o aspecto temporal do contrato de trabalho e o seu caráter retributivo, oneroso. Inseparavelmente à realidade socioeconômica, principalmente dos países industrializados, esse ramo do Direito tinha como objeto, no início do século XX, a relação clássica fordista, posteriormente incrementada por Frederick Taylor, caracterizada pela bipolaridade e pela estabilidade, consentaneamente com o padrão industrial então estabelecido.

Os grandes pátios industriais favoreciam a comunhão dos empregados da fábrica, fato que, somado à nova envergadura do Direito do Trabalho, impulsionou o crescimento dos sindicatos e o número de negociações coletivas perante as empresas.

Sob a perspectiva da Teoria Crítica do Direito, Maurício Godinho Delgado (2017, p. 80) destaca o papel do Direito do Trabalho na inserção, na estrutura do Direito, das noções de ser coletivo, de ação e atuação coletivas, de norma jurídica como instrumento de reversão de poder e não de sua afirmação ou acentuação, norma jurídica como instrumento de justiça social, em contraponto à livre força do mercado econômico e à livre pactuação dos contratos.

Entre o período que demarca a alvorada do Estado Social, e sua transição ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, até meados de 1970, o Direito do Trabalho conhece seus *anos dourados*, em meio ao processo de afirmação e atomização jurídica. Delgado (2017, p. 81–89) ressalta as funções específicas e distintivas desse ramo: a) melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida econômica e social, relativamente à perspectiva do trabalhador e também do próprio interesse público, como dimensão de políticas públicas concertadas, seja visando ao incremento

da saúde e da segurança quanto à comunidade de trabalhadores, seja visando a outras medidas em favor do bem-estar dos setores sociais populares; b) evolução econômica do tipo progressista no plano do capitalismo, por meio da generalização de direitos alcançados por segmentos mais avançados da economia e melhor organizados grupalmente, do estímulo ao investimento em tecnologia e no aperfeiçoamento da mão de obra, de maneira a elevar a produtividade, bem como através da distribuição de renda, e o consequente fortalecimento do mercado interno; c) influência civilizatória e democrática no contexto da sociedade civil e política, um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do sistema capitalista; d) continuidade das próprias sociedade e economia capitalistas (sob esse ponto, o espírito fortemente transformador do Direito do Trabalho deixa de ser plenamente revolucionário, realizando inegável função conservadora).

Na segunda metade do século XX, a revolução tecnológica exerceu impacto expressivo nas relações de trabalho, na medida em que levou a uma nova conformação da forma de gestão da mão de obra por parte do empresariado. A empresa japonesa Toyota foi precursora do movimento de enxugamento das linhas de produção, do corpo funcional e dos estoques. Passou-se a desconcentrar os serviços produtivos a outras empresas e a trabalhar sob os influxos diretos do mercado, na medida em que a produção de mercadorias obedecia ao ritmo oscilante da demanda.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o movimento de constitucionalização dos direitos trabalhistas, reconhecendo expressamente a fundamentalidade material dos preceitos contidos no seu Título II, compreendidos os direitos sociais e o amplo rol de direitos exclusivamente trabalhistas (arts. 7º e 8º), e nos demais dispositivos dispersos no texto constitucional. Tal posição de vanguarda dos direitos constitucionais laborais consiste no empreendimento de um regime jurídico especial, próprio dos direitos sociais dos trabalhadores, um conjunto de garantias adicional (PEREIRA, 2015), que inclui a proteção contra a sua respectiva supressão, até mesmo por meio de emenda ao texto constitucional (art. 60, par 4º).

A Constituição brasileira guarda íntima afinidade político-jurídica com o texto magno português vigente desde 1976, na medida em que demarcam a ruptura com longos regimes ditatoriais e afirmam o otimismo das respectivas nações com o projeto de Estado Democrático de Direito, ressaltando-se a extensão das matérias com

relevância constitucional e a consagração de numerosos direitos sociais (MIRANDA; KOSTA, 2013, p. 17).

Destaca-se, ainda, o largo catálogo de direitos e deveres fundamentais, notabilizado por cláusulas abertas, de amplo espectro, a compreender a tutela de direitos, liberdades e garantias (arts. 24º e seguintes da CRP e 5º da CF), de um lado, e direitos sociais (arts. 58º e seguintes da CRP, e 6º e seguintes e 193 e seguintes da CF), de outro.

Em Portugal, o regime de economia mista, então consagrado no art. 288º, alínea g), da Constituição, por força de revisão constitucional em 1989, mostrou-se coerente com um rol de direitos fundamentais que concilia, de um lado, o direito de propriedade e a iniciativa econômica privada e cooperativa (arts. 62 e 61), e de outro, os direitos dos trabalhadores à segurança no emprego, à livre organização e participação e à greve (arts. 53 a 57) (MIRANDA; KOSTA, 2013, p. 46). Na mesma linha, a aparente contradição do art. 1º, IV, da Constituição Federal Brasileira, consagra, lado a lado, como fundamentos da República, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, dicotomia capitalista complementada com acuidade pelo texto dos arts. 6º, 7º e 170.

Em meio à efervescência desse movimento emancipatório do Direito Laboral, eis que se testemunha a crise do Petróleo, nos idos da década de 70, e a reestruturação do capital sob a doutrina neoliberal, que impulsionou a abertura das diversas economias em crise na arena do mercado globalizado e fez sentir os seus efeitos de modo mais acentuado, principalmente nos países menos industrializados, a partir dos anos 90.

Mais uma vez, o desenvolvimento da tecnologia impactou diretamente nas relações de trabalho. Seja pelo aprimoramento dos meios de telecomunicação¹, seja pela viabilização à mobilidade dos trabalhadores, a nova realidade socioeconômica passou a criar *offshores* ou paraísos laborais e a perturbar frentes de combate conquistadas num passado não muito distante (MOREIRA, 2005, p. 146).

¹ Dentre as práticas impulsionadas pelas novas tecnologias de telecomunicação, comumente classificadas como movimento Neo-Taylorista, destacam-se os serviços de *telemarketing* e de *call center*.

Não obstante, verifica-se a perpetuação do Estado Democrático de Direito na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, incluídos Brasil e Portugal, e, consequentemente, o valor praticamente absoluto da dignidade humana a guiar a conformação jurídica dos direitos sociais. Cumpre à hermenêutica jurídica compatibilizar, e instrumentalizar, o sistema de metabolismo econômico e social com esse metavalor.

Nessa linha, é possível falar-se em direitos humanos laborais, como o direito ao meio ambiente laboral hígido e seguro, de forma a abarcar disposições e princípios que formam parte dos direitos e das garantias inerentes à personalidade humana, por conseguinte, notabilizados pela indisponibilidade, inclusive por parte do constituinte (BARBAGELATA, 2009, p. 250, apud SILVA, 2013, p. 53).

1.2 A economia no século XXI

Tomando-se em consideração a conformação ínsita do Direito às forças motrizes das relações sociais, notadamente à influência da economia na concepção do Direito do Trabalho vigente em uma sociedade de matriz capitalista, cumpre analisar o desenvolvimento do capital na sua conformação mais recente, denominada de neoliberalismo, passando pelas crises financeira mundial de 2008 e política brasileira de 2015.

Tal como destacado anteriormente, o agravamento da crise econômica do Petróleo durante a década de 70 escancarou o abismo entre as estruturas de produção do capital e o desenvolvimento sustentável das nações. O cenário de inflação elevada e de crescimento do desemprego levou as principais potências econômicas a gestar uma forma de contornar as barreiras enfrentadas à acumulação ilimitada de receitas. As medidas oriundas do movimento neoliberal e do Consenso de Washington, de 1990 – dentre as quais se somaram as privatizações, a diminuição da proteção social e a redução dos serviços públicos (HIRATA, 2011) – consistiram na retomada do ideário capitalista consentâneo à autorregulação do mercado.

Com efeito, Sadi Dal Rosso (2013, p. 52) destaca que as crises de acumulação têm reflexos diretos sobre os processos de trabalho, na medida em que, diante das quedas das taxas de lucro e de crescimento, a reorganização do trabalho constitui uma forma eficaz de retomar a acumulação.

A década de 90 passa a testemunhar o paulatino enfraquecimento do caráter regulador do Estado e a promoção de uma conjuntura econômica caracterizada pela abundância do crédito internacional em busca de alternativas de aplicação fora das praças financeiras tradicionais que garantissem oportunidades de rentabilidade elevada (RÁO, 2012, p. 23).

De maneira geral, o modelo seguia um padrão em que três mecanismos fundamentais se complementavam: a liberalização comercial permitia a exposição dos produtos internos ao mercado mundial provocando um “choque de competitividade” - acompanhado por um intenso processo de reestruturação produtiva das empresas - que colaborava para o arrefecimento da inflação e dos preços relativos dos bens e serviços importados ou exportados, essenciais para a manutenção da estabilidade econômica, e a liberalização financeira perseguia um aumento do volume de recursos frente aos desequilíbrios oriundos da valorização cambial – e, sobretudo, para facilitar o processo de privatizações (RÁO, 2012, p. 23).

No Brasil, o movimento emergente passou a ser sensibilizado com mais força a partir de 1994, com o governo de Fernando Henrique Cardoso (haja vista a frustração prematura do projeto de “modernização” do impedido Fernando Collor de Mello entre 1990 e 1992). O Plano Real visou superar um quadro de hiperinflação e alto desemprego no país por meio de uma política econômica ortodoxa orientada por uma combinação de privatizações das empresas e dos serviços públicos, de desindexação da economia e de “equilíbrio fiscal” (cortes de despesas, demissões em massas e aumento dos impostos federais) seguida por políticas monetárias restritivas (altas taxas de juros e altas taxas do compulsório dos Bancos), pela manutenção do câmbio artificialmente valorizado em regime de bandas cambiais e por uma abertura comercial agressiva (através da redução de tarifas de importação e da internacionalização dos serviços). (RÁO, 2012, p. 23)

Como contraponto ao controle da inflação, o endividamento do país e a inconsistente política industrial proporcionaram sérias dificuldades para a destinação de recursos fundamentais às políticas sociais, num quadro marcado pela instabilidade econômica e pelo forte acirramento da concorrência internacional². Na seara trabalhista, referidas medidas tiveram o condão de exacerbar o desemprego e o trabalho informal, além de promover a redução da média salarial (BALTAR, 2003, apud RÁO, 2012, p. 25–26).

Paradoxalmente, verificou-se que a retomada do aumento da produção industrial e dos altos ganhos de produtividade após o ano de 1993 não foram acompanhadas pela recuperação do nível de emprego formal e pela elevação dos salários. O crescimento insuficiente das ocupações, portanto, não permitiu uma absorção adequada do contingente da população em idade ativa (BALTAR et al, 2006, apud RÁO, 2012, p. 26).

Nos anos 2000, o Brasil contou com a promoção do crescimento econômico, seguindo o otimismo do mercado mundial, e com o papel das políticas sociais para contabilizar melhora nos indicadores do mercado de trabalho, arrefecendo-se, conseqüentemente, o processo de flexibilização das relações de trabalho, ainda que de maneira ambígua. O emprego formal então cresceu no país até a produção dos primeiros efeitos da crise financeira global nos fins da primeira década do milênio (RÁO, 2012, p. 83), relegando a economia do país a uma queda espiral potencializada com a crise política iniciada em 2015³, que sucedeu a transição atabalhoada do governo, com o impedimento de Dilma Rousseff e a assunção de Michel Temer, posteriormente consolidado como o presidente com maior reprovação popular da história do país.

Não obstante os resultados econômicos positivos do período pré-crise, o fenômeno do desemprego estrutural revelou-se como a tônica do modelo econômico neoliberal, inclusive nas economias mais avançadas. Registrou-se nos últimos anos a retomada da ofensiva contra os direitos trabalhistas com vistas à redução do “custo do

² Cf. Carneiro (1999) e Belluzzo e Carneiro (2003), citados por Eduardo Ráo (2012, p. 24).

³ Enquanto o mês de dezembro de 2014 registrou a menor taxa de desemprego da série histórica, com 6,5% de desocupação da população economicamente ativa, em março de 2017, o país contabilizou 13,7% de desempregados (IBGE, 2018).

trabalho”, segundo a velha máxima da *rigidez* do Direito Laboral como o principal responsável pelo desempenho pífio da economia.⁴

No cenário europeu, desde a década de 80 e no âmbito da Estratégia Europeia para o Emprego – EEE, objeto do Tratado de Amsterdã, de 1997, o pleno emprego e o crescimento econômico perderam o estatuto de objetivos prioritários da política macroeconômica, dando espaço ao modelo de trabalho de concepção neoclássica, caracterizado principalmente pelo barateamento da mão de obra. O Tratado de Maastrich, de 1992, e o Livro Branco do Crescimento, Competitividade e Emprego, de 1993, já simbolizavam esse novo modelo econômico (VARANDAS, 2014, p. 3).

A redução dos custos do trabalho passa a visar, sob o prisma da EEE, a eliminação de “imperfeições” verificadas no mercado de trabalho, quer sejam exógenas, se resultarem de intervenções neste mercado, através de variáveis institucionais (assistência ao desemprego, sindicatos, proteção no emprego), quer sejam endógenas, se forem resultado do problema de assimetria de informação entre os agentes econômicos (VARANDAS, 2014, p. 4).

Em face do desemprego galopante no âmbito da União Europeia, a flexibilização das relações de emprego ganha força com a Estratégia de Lisboa (2000), à medida que se intensifica o debate em torno da menor rigidez do mercado de trabalho, medida esta encarada como peça-chave para o aumento da oferta de postos de trabalho, à semelhança do que se praticava nos Estados Unidos (VARANDAS, 2014, p. 4).

A crise financeira de 2008 pontua o fim do período neoliberal em um cenário social marcado por perdas em agências seguradoras de pensões e aposentadorias, destruição de empregos, redução de salários e moderação nas reclamações por reajustes salariais e melhores condições de trabalho, além da formação de um segmento de “new poors”, composto de trabalhadores que perderam seus empregos e não conseguiram novas oportunidades (ROSSO, 2013, p. 44).

O epicentro na maior economia mundial não impediu que a crise ressoasse com maior força nos países em desenvolvimento, sobretudo aqueles fundados

⁴ Relativamente à retórica neoliberal de flexibilização para redução dos custos do trabalho no contexto brasileiro, conferir Galvão (2007, apud RÁO, 2012, p. 29).

em um sistema de grande investimento público e em prestações sociais substantivas, casos de Portugal, Espanha e, mais drasticamente, Grécia.

A debandada dos investimentos privados dessas economias em virtude da falta de “confiança” dos credores em todo o globo pendeu a balança orçamentária no prumo do resgate externo de instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Central Europeu (BCE). A crise das dívidas soberanas realçou a velha retórica sustentada na austeridade fiscal e na ideia de insuficiência da flexibilização e da desregulamentação até então implementadas no Direito do Trabalho (DRAY, 2015, p. 312).

O trabalho passa a ser visto como uma mercadoria e o direito do trabalho como uma moeda de troca, destinada a ser utilizada como contrapartida da concessão de apoios financeiros aos Estados. A Lei 23/2012, em Portugal, e reformas em Espanha, Itália, Grécia e Irlanda, nesse período, dão conta da redução dos custos laborais e das indenizações por despedimento, flexibilização dos horários de trabalho, individualização das relações de trabalho etc. (DRAY, 2015, p. 312–313)

Ao passo que, no final do século XX, a fuga ao modelo clássico do Direito do Trabalho passava, não raras vezes, pela simulação e pela fraude à lei, nomeadamente pelo recurso ao falso trabalho autónomo, pela sucessão de contratos de trabalho a termo ao arrepio da lei ou pelo recurso fraudulento ao trabalho temporário, a partir de 2008, passa-se a instrumentalizar esse ramo jurídico, assumindo-se expressamente a necessidade de colocá-lo a serviço da economia através do enfraquecimento da sua função de proteção do trabalhador (DRAY, 2015, p. 312).

Apesar da tragédia anunciada e do recrudescimento da questão social mesmo nos países economicamente desenvolvidos, testemunha-se a continuidade de certas tendências demarcadas no sistema capitalista desde as últimas três décadas do século precedente, compreendidas pela globalização e pela renovação tecnológica. Outras tendências de relevo que permanecem incólumes compreendem a hegemonia do setor financeiro (apesar da crise e do não endosso nos países asiáticos, marcadamente industriais) e a influência do ideário liberalista nas sociedades ocidentais (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2017, p. 89–90).

Diante do drástico comprometimento socioeconômico das nações afiliadas, a União Europeia concebe, em 2010, a chamada Estratégia 2020. Com escopo de reestruturação das suas bases econômicas, a flexibilidade é reafirmada como um fator imperativo para a criação de emprego, recomendando-se, para tal, a diversidade contratual e a maleabilidade na organização dos tempos de trabalho (VARANDAS, 2014, p. 5).

Nesse contexto, convencionou-se que as políticas ativas de emprego basear-se-iam na mobilidade/adaptabilidade dos trabalhadores, mediante a redução de custos de recrutamento, em função de políticas de formação profissional e serviços públicos de emprego, e o abrandamento das regras de demissão.

De 2000 a 2008, a Zona do Euro contabilizou um aumento no nível de emprego, preponderando, no resultado, a evolução do autoemprego, do trabalho a tempo parcial e temporário. Margarete Varandas (2014, p. 18) destaca que o crescente número de trabalhadores empregados com um segundo emprego pode ser motivado pela tendência da evolução, também crescente, do trabalho a tempo parcial, das condições precárias e da pressão à baixa salarial, fato que denuncia as consequências negativas das políticas implementadas, que na realidade não permitem o aumento de bem-estar dos indivíduos nem uma conciliação entre a vida profissional e pessoal.

Relativamente à realidade enfrentada, sobretudo, pelos países do sul da Europa após a crise financeira global, Guilherme Dray (2015, p. 316–317, citando OIT, “World of work report 2012, better Jobs for a better economy”, 2012) ressalta o alerta da OIT para o agravamento do desemprego a partir de 2008, bem como a crítica da entidade às políticas de austeridade, na medida em que põem em causa o crescimento econômico dos Estados, apenas agravam o cenário de crise de emprego⁵. Prossegue o autor afirmando que nos países que adotaram políticas de austeridade e de desregulamentação, em especial nos países do sul da Europa, o crescimento do emprego e da economia não se verificou e, pelo contrário, continuou a degradar-se, sendo certo que tais políticas fracassaram também ao nível da consolidação orçamental.

⁵ O autor assinala, ainda com base no referido documento, que o desemprego na Europa subiu, desde 2010, cerca de 2/3.

Como se vê, a propagação de medidas de cunho neoliberal, tanto no Brasil como na Europa, guardadas as devidas distinções, não tem estimulado a atividade econômica sustentável, dado o aumento do endividamento das famílias e a ausência de estímulos à procura, principalmente em função das políticas de desvalorização interna, via redução de salários e aumento de impostos (VARANDAS, 2014, p. 19). Além disso, a hegemonia econômica do setor financeiro tem sido apontada como fator tendencial de enfraquecimento na curva de geração de empregos, devido ao caráter restrito desse específico segmento no conjunto da estrutura e operação do capitalismo (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2017, p. 91).

Para além dos efeitos macroeconômicos do desemprego, a condução de políticas econômicas insustentáveis e as crises a elas inerentes têm efeitos diretos no âmago das relações de trabalho. Nesse ponto, Dal Rosso (2013, p. 49) destaca que a alta desocupação de postos de trabalho e a ameaça de desemprego operam como mecanismos inibidores de reivindicações por salário, vantagens ou direitos trabalhistas. Assevera o autor, ainda, que as crises do capital manifestam-se imediatamente por meio da destruição de postos de trabalho e contenção dos salários, e de forma mediata, reorganizando a gestão do trabalho, sobretudo no seu aspecto temporal, e a sua intensidade.

Cumprido destacar, por fim, que o combate ao desemprego perpassa muito mais do que o desafio de se reduzir quantitativamente a jornada de trabalho. Não obstante os intentos de redução da jornada compreenderem dupla finalidade, assentada na promoção da higidez da relação laboral e do pleno emprego (TRILLO PÁRRAGA, 2010, p. 231, apud SILVA, 2013, p. 59), o brocardo “trabalhar menos para trabalharem todos” deve ser sopesado, sobretudo, em face da referida reorganização produtiva moderna, pois qualquer ação isolada dentro dos padrões atuais de produção e consumo mostra-se incapaz de promover um prognóstico positivo à retomada dos postos de trabalho. A eficácia das políticas de combate ao desemprego esbarra, ainda, no paradigma da flexibilização temporal da mão de obra e na intolerância ao sacrifício de rendas com acordos tarifários (políticas de austeridade fiscal).⁶

⁶ Nesse sentido, Gorz (1997), Aznar (1995, p. 21) e Offe (1997), citados por Calvete (2003, p. 428–429).

1.3 A regulação do tempo de trabalho

À medida que a realidade socioeconômica se altera com os influxos do avanço tecnológico e dos meios de comunicação, a gestão do trabalho se dinamiza para absorver tais mudanças, sem perder de vista a lógica da eficiência, de modo a se otimizar a relação entre produtividade e os recursos disponíveis.

Nesse ponto, a retribuição e o tempo de trabalho ocupam posição de destaque no planejamento estratégico do administrador, compreendendo-se como os elementos mais comumente utilizados no rearranjo das relações laborais. Destaca-se, por um lado, o uso de incentivos remuneratórios, como comissões e participações no lucro das empresas, por outro, a diminuição de tempos potencialmente ociosos dos trabalhadores no interior da jornada de trabalho, com o intuito de incrementar a produtividade, na medida em que o aumento dos índices de produtividade das empresas vincula-se a uma melhor organização dos horários de trabalho (MOREIRA, 2005, p. 147, citando o ponto 15 do Acordo Econômico e Social Português, de 1990).

A presente pesquisa se concentrará na análise dos aspectos temporais do contrato de trabalho, de que forma o tempo de trabalho tem sido manejado pelas empresas e quais respostas jurídicas têm sido encontradas para enfrentar essa situação. Para tanto, cumpre pontuar os direcionamentos recentes das legislações brasileira e portuguesa envolvendo a questão.

Como restou destacado linhas atrás, a estável relação fordista/taylorista tinha como uma de suas características marcantes a clara delimitação entre tempo de trabalho e de descanso, na medida em que os horários de trabalho seguiam um padrão generalizado a praticamente toda a linha de produção. Estabelecia-se, basicamente, a relação entre o tempo de permanência do empregado no local de trabalho com a jornada praticada contratualmente.

No entanto, nos últimos quarenta anos, o tempo de trabalho vem sofrendo forte processo de transformação. A horizontalização toyotista, assim como as demais técnicas administrativas que lhe sucederam, ao tempo em que propõem a crescente individualização dos tempos de trabalho, a descentralização dos núcleos produtivos e,

sobretudo, a permeabilização dos períodos de descanso, colocam em cheque os antigos conceitos de jornada e tempo de trabalho. O Direito do Trabalho é então desafiado a responder a formas emergentes da prática laboral, a exemplo dos regimes de sobreaviso e de teletrabalho, propondo a construção de novos conceitos, como o de tempo à disposição do empregador e o período efetivo de trabalho.

No contexto normativo brasileiro, Franco Filho (2016, p. 606) compõe os elementos da jornada de trabalho, essencialmente, com o tempo efetivamente trabalhado, mediante a desenvoltura das atividades (excluídos os intervalos), o tempo à disposição (compreendido pelo período de permanência do empregado no local de trabalho e de prestação de serviços externos, por conta e responsabilidade do empregador), bem como o tempo de deslocamento ao local de trabalho (nos casos de postos de trabalho de grandes extensões).

Por sua vez, a Comunidade Europeia viu-se diante da tentativa de adoção de um conceito de tempo de disponibilidade como combinação de tempo de trabalho e de descanso, em uma proposta de alteração da Diretiva 2003/88/CE, a principal diretriz comunitária relativamente à regulação do tempo de trabalho (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 42).

Tais desenvolvimentos da Ciência Jurídico-Laboral tornou ingloria a tarefa de delimitação do conceito de tempo de trabalho, tamanhos os seus desdobramentos. Por certo, pode-se identificá-lo como a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador; trata-se, pois, da principal obrigação do empregado e principal vantagem do empregador no contrato de trabalho (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1020).

No entanto, mais importante do que tentar precisar o conceito de tempo de trabalho é a definição do seu contraponto, ou seja, o que se configura tempo de não-trabalho.

O período de não-trabalho deve ser encarado como gênero, a indicar os lapsos temporais nos quais o empregado não se sujeita, em regra, ao poder diretivo de seu empregador, não obstante permaneça aí uma parcela das obrigações oriundas do contrato de trabalho, como o dever de lealdade. O Direito do Trabalho não conhece uma sistematização precisa acerca dos referidos lapsos, normalmente situados em uma zona

cinzenta, sobretudo em face das novas práticas sociais, impulsionadas pelas novas técnicas produtivas e pela evolução dos meios de telecomunicação, que logram prolongar os períodos de adstrição do trabalhador à atividade profissional.

A exemplo dessa dificuldade de regulação dos períodos de não-trabalho, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 102–103) destaca a confusão do art. 2º da Diretiva 2003/88 da Comunidade Europeia (atual União Europeia) na tentativa de definição entre os períodos de trabalho e de não-trabalho e tempos de vida do trabalhador, como aqueles dedicados a repouso, lazer e desenvolvimento da personalidade.

Martinez Yañez (2004, p. 145, apud SILVA, 2013, p. 112), por sua vez, propõe duas alternativas de construção de um conceito positivo de tempo de não-trabalho: a polarização trabalho/descanso, mediante a ampliação do conceito de tempo de trabalho, e a manutenção da noção estrita de tempo de trabalho, porém, com a criação de um regime jurídico próprio às situações intermediárias, um “*tertium genus*”.

Por razoável a segunda proposta, vislumbra-se o enquadramento, como espécies do tempo de não-trabalho, dos períodos de repouso e alimentação, remunerados ou não, e dos tempos de não-trabalho *stricto sensu*, de caráter residual, dotados de proteção jurídica, porém, em menor grau do que aqueles.

A tutela dos períodos de não-trabalho mostra-se essencial para o desenvolvimento da personalidade humana, a higidez física e psíquica do trabalhador e até mesmo para resguardar a produtividade das empresas.⁷ Franco Filho acentua os fundamentos político e social da limitação da jornada de trabalho, que dizem respeito ao dever do Estado de garantir ao trabalhador melhores condições de vida e a maior aproximação da família e dos amigos (FILHO, 2016).

Nessa linha, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 68) categoriza as dimensões humana e econômica do lazer. A primeira compreende o lazer como necessidade biológica (evita doenças ocupacionais, como LER, estresse e fadiga), social (melhor convivência, fomento das relações familiares e privadas), psíquica (atividades lúdicas, desconexão com o trabalho) e como sentido existencial, uma vez

⁷ Cf. Francisco Liberal Fernandes (2012, p. 62).

que o ócio criativo incrementa valor à pessoa no sentido do crescimento individual. Por sua vez, sob a vertente econômica, o lazer exerce um papel secundário, enquanto meio para a busca do pleno emprego (mediante a criação de postos de trabalho) e de fomento da economia (como o turismo), sem prejuízo da contribuição referida quanto aos níveis de produtividade do trabalhador.

A esse respeito, Ana Cláudia Moreira Cardoso (2013, p. 352–353) acentua que, para além de interagir na organização das condições de trabalho, o tempo de trabalho exprime um sistema de valores, crenças, normas, leis, vivências, representações e poderes, elementos esses que influenciam e são influenciados pelos tempos de ‘não trabalho’. A autora chama a atenção para o anacronismo da fragmentação dos tempos de trabalho com relação aos outros tempos sociais, relacionados ao desenvolvimento de vínculos familiares, ao descanso, ao lazer e à educação.⁸

Na mesma linha, Liberal Fernandes (2012, p. 25) assinala que, para o trabalhador, o tempo de trabalho é duplamente seu: o que o trabalho lhe prende e o que, depois dele, fica disponível. Dessa forma, prossegue o autor, tanto um quanto o outro são tributários de proteção social, uma vez que o trabalho não constitui um fim em si mesmo, mas um meio ao serviço do homem, cuja “existência” no trabalhador o antecede e o transcende.

Inegável a relação entre as normas relativas à dimensão temporal do trabalho e o direito fundamental à saúde, valor consagrado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito e elemento indissociável da dignidade humana.

Com efeito, na medida em que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, as normas concernentes à duração do trabalho não são mais estritamente econômicas, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1021). Com efeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em sentença de 12/11/96, já assentava, em interpretação ampla do conceito de segurança e saúde no meio

⁸ Sobre a relação entre os distintos conceitos de vida ativa e contemplativa, labor e trabalho, consultar, ainda, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013).

ambiente de trabalho, a manifesta relação entre jornada e saúde laboral (TRILLO PÁRRAGA, 2010, p. 116, apud SILVA, 2013, p. 101).

A par disso, cumpre pontuar, ainda que sumariamente e para fins didáticos, os conceitos de jornada de trabalho e horário de trabalho: a primeira, como o lapso temporal (diário, semanal, mensal, anual, etc.) a que se compromete o trabalhador a prestar serviços ao empregador⁹; o horário de trabalho, por sua vez, enquanto a forma como essa jornada é distribuída em um ou vários dias na semana, mediante a fixação do horário de começo e término da atividade, bem como dos intervalos para descanso.

A delimitação do tempo de trabalho constitui uma condição regular ou permanente do objeto do contrato de trabalho, associada à delimitação da retribuição e à organização da vida pessoal e familiar do trabalhador (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 37).

Não se trata de mera indicação formal do contrato. O horário de trabalho interfere diretamente nos interesses de previsibilidade e de estabilidade relativos à vida privada do trabalhador; por outro lado, os anseios empresariais reclamam a variabilidade e a indeterminação da distribuição do tempo de trabalho, de modo a se permitir o ajustamento discricionário da respectiva organização às necessidades produtivas, incluindo aquelas impostas por motivos de racionalidade econômica (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 169–170).

Liberal Fernandes destaca o caráter garantístico e vinculativo (e não apenas organizativo) das normas atinentes ao horário de trabalho, sobretudo ao trabalhador, na medida em que a atribuição da ingerência no horário contratual de trabalho exclusivamente no espectro do poder diretivo do empregador implica a negativa, aos trabalhadores, de qualquer garantia relativamente à organização, em moldes previsíveis e estáveis, da sua vida pessoal e familiar com a respectiva profissão (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 136, citando XAVIER, 2011, p. 509, e PINTO; MARTINS; CARVALHO, 1994, p. 210). Por outro lado, alerta o autor que tal liberdade de empresa deve ser resguardada na premência de razões de ordem

⁹ Eduardo Ráo (2012) destaca, ainda, que o estabelecimento de uma jornada de trabalho pode ser distinguida de várias formas: jornada diária, semanal, mensal e anual, jornada remunerada e não remunerada, jornada legal ou contratual, jornada extraordinária, jornada efetiva, etc.

objetiva, sob pena de uma tutela excessiva inviabilizar a organização da atividade de trabalho à dinâmica das necessidades empresariais, cujas repercussões se fariam certamente sentir em termos negativos a nível de segurança e estabilidade no emprego (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 172).

Conforme se pontuará, a legislação trabalhista portuguesa procurou destacar expressamente alguns desses conceitos, com vistas a prestigiar a segurança jurídica e a afastar eventuais controvérsias jurisprudenciais. São exemplos dessa técnica legislativa os arts. 198 a 201 do Código do Trabalho de 2009, relativamente aos conceitos de período normal de trabalho, período de descanso, horário de trabalho e período de funcionamento.

Esses e outros elementos distribuem-se entre as três dimensões do tempo de trabalho comumente atribuídas pela doutrina trabalhista, correspondentes à duração – dimensão quantitativa¹⁰ –, à distribuição e à intensidade do período dedicado ao labor – dimensões qualitativas.¹¹

Essas distintas dimensões sempre integraram o tempo de trabalho. No entanto, com a complexificação das técnicas de gestão do trabalho e o avanço da tecnologia, os aspectos qualitativos ganharam espaço na prática laboral e gradualmente vem chamando a atenção dos estudiosos do ramo. Com efeito, a classe empresarial vislumbrou na flexibilização dos aspectos ligados à distribuição e à intensidade a saída para a perpetuação dos ganhos de produtividade em face do movimento de redução da jornada, em resposta à histórica luta da classe operária.

Diferentemente, portanto, da delimitação do número de horas a que o trabalhador se obriga (dimensão quantitativa do tempo de trabalho), na distribuição do trabalho, podemos observar as configurações das horas de trabalho ao longo dos diferentes regimes, assim como as inúmeras possibilidades colocadas pela flexibilização

¹⁰ A duração do trabalho pode ser concebida até mesmo na escala do ciclo de vida do trabalhador ou tomar como base a sua vida ativa, como os “*compte épargnetemps*”, em que as férias não usufruídas jogam os dias para uma espécie de banco de horas a serem fruídos em, no máximo, cinco anos ou para antecipar a aposentadoria (cf. SAMUEL; ROMER (1984) e FERREIRA (2004), apud CARDOSO 2013). No mesmo sentido, consultar Ráo (2012).

¹¹ Cf. Dal Rosso (2013), Cardoso (2013) e Silva (2013).

das jornadas (a tempo integral, parcial, turno ininterrupto, descansos, regimes de compensação, jornada extraordinária ou suplementar, etc.). (RÁO, 2012)

Esse rearranjo das horas de trabalho ganhou notoriedade como técnica de gestão a partir dos anos 1970 e 1980, como resposta efetiva às variações do mercado (*lean production*). A figura do banco de horas exemplifica a essência dessa dimensão distributiva do tempo de trabalho, à medida que permite o manejo da força de trabalho à sorte das demandas externas, sem que se necessite retribuir majoradamente eventual sobrelabor ou remunerar horas ociosas em caso de resfriamento da procura.

Desde então, os influxos liberais que afrouxaram as bases do Direito do Trabalho foram gradualmente reduzindo a previsibilidade da jornada laboral, mediante a previsão de regimes de compensação de trabalho cuja referência não mais se situa na semana de trabalho, nem no mês, mas no lapso anual, a ponto de se haver impossibilitado a pronta distinção da hora trabalhada acima da jornada legal entre a compensação e a suplementação.

Essa panóplia de situações que emerge da heterogeneização do contrato de trabalho implica no aumento da fluidez da fronteira entre o tempo de trabalho e o de não-trabalho. Desse fenômeno, decorrem implicações jurídicas das mais diversas, desde a ampliação velada do tempo de trabalho (no caso de tarefas levadas para casa, por exemplo), até a extensão dos poderes diretivos por meios telemáticos.

Nesse contexto, aponta-se a situação dos empregados plugados no trabalho, quando, mesmo em períodos de não-trabalho, veem-se na contingência de ficar em prontidão ou sobreaviso, seja por conta das tecnologias de informação e de uso pessoal (*pager*, celulares, internet), seja ainda por causa da necessidade de preparação (através do imperativo de realização de estudos ou de formação educacional e profissional complementar) ou simplesmente devido ao descanso para o dia seguinte ao trabalho¹². Vem daí, a rigor, a concepção do direito de desconexão.¹³

¹² Cf. Eduardo Ráo (2012), citando estudo do IPEA, 2012.

¹³ Cf. Zarifian (2001), Hirata (1996), Cardoso (2009) e Cataldi (2011), citados por Ana Cláudia Moreira Cardoso (2013).

Por sua vez, sob o espectro da intensidade, emergem questões atinentes ao uso da força de trabalho, como por exemplo, o controle sobre o ritmo de trabalho, a execução dos gestos, as porosidades (os tempos mortos), o irrompimento do fluxo produtivo, as multiplicidades de tarefas e funções, a exigência de atributos mentais e intelectuais, bem como a cobrança de envolvimento emocional com o trabalho (RÁO, 2012).

A rigor, não há balizas muito claras a respeito do conceito de intensidade ou intensificação dos tempos de trabalho. A alta abstração do fenômeno e a escassez de estudos sobre o tema restringem até mesmo a adoção de medidas institucionais dedicadas ao seu controle.

O termo remete à rapidez, ao grau de concentração, à densidade, ao ritmo, à velocidade e à energia física, intelectual e emocional que o trabalhador despende na atividade. A intensidade refere-se à organização e à gestão, e são elas que fazem que o trabalho seja executado de maneira mais eficaz e mais eficiente. Em trabalhos coletivos, a intensidade revela a condição de cooperação entre os trabalhadores. A intensificação do processo de trabalho, por sua vez, resulta em mais trabalho na mesma duração de jornada, com o mesmo número de trabalhadores e o mesmo padrão tecnológico (ROSSO, 2013, p. 47).

Caracteriza-se a intensidade pela variedade de causas e formas de manifestação, aproximando-se de noções como produtividade, carga de trabalho, número de trabalhadores, horário e ritmo de trabalho (GOLLAC, 2005, apud CARDOSO, 2013, p. 357).

Portanto, constata-se cada vez mais um processo de decomposição do conceito de tempo de trabalho com o objetivo fundamental da redução dos poros de trabalho, principalmente com a aparição de uma lista de conceitos relacionados com o tempo de trabalho, como os conceitos de trabalho efetivo, de tempo à disposição, de tempo de espera, de plantões etc., com o resultado final da ampliação temporária da subordinação do trabalhador e o barateamento do preço do tempo de trabalho em geral (TRILLO PÁRRAGA, 2010, p. 47, apud SILVA, 2013, p. 103).

O que se pode precisar com certa segurança é que a intensificação do labor é cara ao avanço da tecnologia. A propagada ideia do “posto de trabalho eficaz”

ampara-se na evolução dos meios de fiscalização da jornada de trabalho para encampar a redução de intervalos e a supressão de tempos ociosos (DURANT, 2004, apud CARDOSO, 2013, p. 360).

Além da análise crítica da eficácia do tempo de trabalho, a maturação do conhecimento em torno da intensidade do trabalho contribui sobremaneira para o enfrentamento do paradoxo moderno que impede a redução coerente do lapso temporal destinado ao labor mesmo com a crescente evolução da tecnologia. Remonta-se, em suma, à “coerência” da redução da jornada justamente porque tempo e intensidade de trabalho não guardam estreita relação de reciprocidade.

A rigor, a experiência tem testemunhado que a redução da jornada de trabalho não corresponde, necessariamente, à atenuação da intensidade do labor, evidenciando-se, em regra, o efeito inverso. Ana Cláudia Moreira Cardoso (2013, p. 359) ressalta a advertência de Marx (1985) de que “quando da conquista da jornada de 10 horas, esta já continha a mesma quantidade ou mais trabalho e dispêndio de força vital que uma jornada de 12 horas, em função da sua maior densidade e menos poros de inatividade.”

Por exemplo, o esfriamento das iniciativas, sobretudo em sede coletiva a partir da década de 90 no Brasil, voltadas à redução da jornada de trabalho efetiva decorreu, em grande medida, do consequente processo de flexibilização e de aumento da intensificação do tempo de trabalho que acompanhou essas negociações (RÁO, 2012). Cumpre destacar, ainda, o estudo de Sadi Dal Rosso (1998, apud CALVETE, 2003), sobre os efeitos da redução da jornada operada pela Constituição Federal de 1988 (de 48h para 44h), em que constata que a redução de 8,33% da jornada ordinária acompanhou um aumento de 17,2% de horas extras.

As muitas facetas da intensificação do labor podem ser estudadas sob a ótica dos atores da relação empregatícia, do objeto do contrato ou, ainda, no contexto de fatores externos sensíveis ao trabalho, como ressalta a análise da relação entre as

singularidades de distintos postos de trabalho no desenvolvimento das atividades laborais¹⁴ e, sobretudo, os impactos do desemprego.

Aspectos relacionados à dinâmica empresarial também podem sugerir traços de intensificação do trabalho, como a técnica da administração por estresse, indutora da redução de estoques ou a exiguidade do corpo funcional (FERNEX, 1998, apud CARDOSO, 2013). Aliás, o enxugamento da empresa moderna pós-fordista/taylorista, apesar de haver implicado a descentralização dos serviços considerados não nucleares ao processo produtivo, passou a demandar maior polivalência do trabalhador, como “forma de organizar o trabalho para viabilizar o aumento da produção sem a contratação de trabalhadores” (CARDOSO, 2013, p. 360). A ideia de “qualidade total” não retirou das linhas de produção apenas a figura do fiscal, mas enxugou o extenso corpo de trabalhadores e transferiu a referida tarefa e outras tantas ao seletivo grupo remanescente.

A pressão que acompanha as empresas por competitividade e mudanças tecnológicas é prontamente repassada aos empregados por meio da demanda por multifuncionalidade, exigência esta que, conjugada com os altos índices de desemprego, faz coro à “empregabilidade”, expressão competente para criar um ambiente de instabilidade funcional e transferir gradualmente aos trabalhadores o risco oriundo do mercado. À medida que paira sobre os trabalhadores uma ameaça dos que estão desempregados e estão dispostos a aceitar condições salariais e de trabalho mais difíceis e penosas (HIRATA, 2011), empregados, e, mais ainda, desempregados, passam gradualmente a assumir o encargo de se atualizarem quanto às inovações e se especializarem, às suas expensas e no tempo que lhes sobrar, a fim de galgar espaços, ou algum espaço, no mercado de trabalho. Essa demanda por resiliência também é objeto do estudo da intensificação do trabalho.

Pelo prisma subjetivo, a intensidade pode sofrer influxos que extravasam o plano individual, à medida que se constata que o coletivo de trabalhadores de uma empresa exerce pressão, ainda que subliminar, voltada, por exemplo, ao aumento da

¹⁴ Destaca-se a existência de estudos a investigar eventuais diferenças de intensidade do trabalho entre os mais distintos tipos contratuais, notadamente aqueles cuja presença do empregado no ambiente laboral típico é reduzido ou inexistente, como o trabalho a tempo parcial, o trabalho externo e o teletrabalho. Nesse sentido, conferir Munck (2010) e Baruch e Nicholson (1997), citados por Kelliher e Anderson (2010).

produtividade individual, para a consecução de determinada meta do grupo. Nesse sentido, a tutela dos tempos de trabalho passa também a se preocupar com os conflitos oriundos da relação entre os próprios empregados. O instrumento da remuneração variável, como a participação nos lucros, reúne potencial claro de exploração do trabalhador pelo trabalhador, na medida em que acentua a responsabilização individual perante o grupo de trabalho (PINA; STOTZ, 2011, p. 165).

Por sua vez, tomando-se como parâmetro a prestação de trabalho em si, comumente se refere à intensidade como sinônimo de produtividade e de esforço, enquanto carga de trabalho suportada mediante o empenho físico e psíquico. Nesse ponto, colhe-se na doutrina a classificação da intensidade pelo espectro da quantidade da prestação de serviços – associada a cargas, prazos e volumes – da qualidade – sob a forma de precisão, qualidade estrita do trabalho e vigilância –, das tarefas executadas – tendo em vista a monotonia, a repetição e a fragmentação do labor – e das condições da atividade – mediante risco de vida ou financeiro (CARDOSO, 2013, p. 365).

Muito embora os estudos envolvendo essa dimensão do tempo de trabalho ainda se mostrem incipientes na literatura trabalhista, recentemente, têm-se desenvolvido pesquisas acerca da relação entre a intensificação laboral e o adoecimento do trabalhador¹⁵, bem como a sinistralidade da atividade¹⁶, similarmente ao que há muito já se apura no exercício de longas jornadas¹⁷. Afinal, “se, no século XVIII, eram as longas jornadas que contribuía para o adoecimento, acidentes e morte dos trabalhadores, agora é a intensidade que ocupa esse espaço” (CARDOSO, 2013, p. 367).

O aumento da penosidade do trabalho decorrente desses múltiplos fatores, além de responder pelo adoecimento físico, psicológico e mental dos trabalhadores (ASKENAZY, 2005, apud CARDOSO, 2013, p. 363), relaciona-se, ainda, a outras chagas sociais, como o aumento da violência doméstica, dado o cansaço, a irritação, o medo e a ansiedade, a dependência química e o alcoolismo, o *burnout* e o suicídio (SELIGMANN-SILVA, 2011, apud CARDOSO, 2013, p. 363). Nessa linha,

¹⁵ Cf. Askenazy (2005), Dal Rosso (2006), Davezies (2001), Gollac (2005) e Seligmann-Silva (2011), citados por Cardoso (2013)

¹⁶ Cf. Relatório Supiot (1999), citado por António José Moreira (2005, p. 143).

¹⁷ Sobre os impactos do exercício de jornada superior a 48h e o surgimento de doenças mentais e cardiovasculares, conferir Spurgeon (2003), citado por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 92).

Helena Hirata (2011) assinala que a precariedade do trabalho e a precarização familiar são indissociáveis.

Em sede institucional, a intensificação do trabalho carece de tratamento adequado em face do panorama apresentado, revelando-se tímidas as iniciativas voltadas ao enfrentamento da questão.

No caso brasileiro, por exemplo, diferentemente da dimensão da duração e da flexibilização do tempo de trabalho, não existe nada na legislação que defina o nível de esforço que o trabalhador deve ou não realizar durante seu tempo de trabalho (CARDOSO, 2013, p. 358), tampouco se verificou nas negociações coletivas qualquer iniciativa contrária ao avanço da intensificação do ritmo de trabalho, revelando a imensa dificuldade encontrada pela classe trabalhadora no sentido de combater e/ou refrear esse processo. Aliás, o debate sobre a questão da jornada de trabalho tem se concentrado “muito mais em torno da sua flexibilização, no sentido de diminuir as limitações impostas à gestão do tempo de trabalho por parte do empresariado” (CARDOSO, 2009, p. 123, apud RÁO, 2012, p. 79–80).

Uma pródiga iniciativa, no entanto, se verifica na implementação do Nexo Técnico-Epidemiológico Previdenciário – NTEP pelo Brasil, por meio da Lei 11.430/2006. Por meio do cruzamento de dados médicos e profissionais, faz-se uma relação das atividades econômicas por grau de penosidade para se estabelecer uma presunção de risco das respectivas atividades, auxiliando, assim, o Sistema de Seguridade Social na atribuição mais precisa do nexo causal da doença com a atividade desenvolvida pelo trabalhador. Tal mecanismo proporciona, portanto, a atenuação da alta abstração de elementos como a intensidade do trabalho e a multifatorialidade de determinadas doenças comuns no meio do trabalho.

Considerando-se a dinâmica dos novos tempos, bem como a influência do avanço tecnológico no rearranjo das relações sociais e de trabalho, o conceito de flexibilização das normas trabalhistas surge como algo intrínseco ao exame da forma como as instituições têm lidado com esse embate de forças existente entre patrão e empregado.

Mas afinal, o que é flexibilização?

1.4 *A flexibilização das relações trabalhistas*

Para responder à questão, propõe-se a recapitulação do quadro retratado até aqui com respeito à evolução das relações sócio-jurídicas do trabalho nas sociedades ocidentais.

Relatamos que a regulação do tempo de trabalho foi uma das grandes preocupações do contingente de trabalhadores submetidos aos rigores da produção em escala impulsionada pela Revolução Industrial, além de se constituir em uma das molas propulsoras do Direito do Trabalho, enquanto ramo essencialmente regulatório, alçado ao patamar constitucional em diversas nações ocidentais, sobretudo, no período pós-guerra, quando da ascensão do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito.

As primeiras legislações eminentemente trabalhistas, e os acordos coletivos que lhes seguiram, trataram de estabelecer limites quanto a jornadas diárias de trabalho e períodos mínimos de descanso e alimentação, sem prejuízo de deliberações voltadas a aspectos retributivos da atividade laboral.

Desde os primeiros atos insurgentes contra a supremacia do poder do capital na Inglaterra, perpassando a greve geral de Chicago em 1º de maio de 1886, até a consolidação dos sistemas Fordista e Taylorista de produção, a luta por redução da jornada de trabalho correspondia à vanguarda do movimento emancipatório da classe trabalhadora na negociação de melhores condições de trabalho.¹⁸

“A luta pela redução do tempo de vida dedicado ao trabalho permitia várias frentes de batalha. A redução da jornada diária ou semanal de trabalho, o aumento de feriados, o aumento de dias de férias, a antecipação da aposentadoria e a redução da idade de ingresso no mundo do trabalho são as principais e mais significativas. Porém elas não param por aí, pode-se citar a licença por acidente de trabalho, saúde, maternidade, paternidade, gala, nojo etc. Em todas as frentes a classe

¹⁸ Nesse sentido, consultar Trujillo Villanueva (2004, p. 547), citado por Silva (2013, p. 32).

trabalhadora obteve conquistas a partir de meados do século XIX e no correr no século XX.” (CALVETE, 2003, p. 419)

No entanto, a tendência de reestruturação econômica alçada com a Crise do Petróleo na década de 1970 proporcionou sensível alteração nos eixos do Direito do Trabalho, primeiramente nos países mais industrializados e posteriormente nas nações consideradas periféricas.

A propagação da doutrina econômica de base liberal em todo o globo, impulsionada pelo avanço tecnológico, acompanhou a abertura dos mercados internos ao novo cenário globalizado de produção de riquezas, marcado pela competitividade empresarial internacional. Para fazer frente a essa arena, novos conceitos de gestão corporativa passaram a ganhar destaque pela eficiência econômica.

Projetos como o da empresa japonesa Toyota saíram do papel para mostrar ao mundo que o modelo de outrora, baseado em robustos estoques, grandes pátios de produção e centralização de comandos, já não mais correspondia às expectativas do mercado. Propugnava-se uma empresa mais enxuta, cuja produção se baseasse na dinâmica ditada simultaneamente pela demanda e mediante a gestão descentralizada dos serviços.

A par disso, as relações de trabalho, antes ditadas pela estabilidade de vínculos e de horários, então passaram a ser concebidas sob um viés mais flexível. Segundo as propostas de reestruturação de ordem liberal que impregnava a Europa nos anos 70 e 80, e o Brasil na última década do século, o tempo de trabalho passou por uma ressignificação jurídica, passando a se alinhar também à procura, ou seja, à produção sobre a demanda concreta (*Just in time*) (SILVA, 2013, p. 124).

Enquanto a tônica da discussão em torno da normatização do tempo de trabalho girou, em um primeiro momento, em torno da saúde e segurança do trabalhador, um novo elemento é inserido no debate em torno da modulação temporal do trabalho, o combate ao desemprego¹⁹. Assim, a flexibilização da jornada e da duração do trabalho, ao mesmo tempo em que está na raiz do neoliberalismo, é

¹⁹ Nesse sentido, cf. Calvete (2003) e Delgado (2018, p. 1023).

conclamada como tábua de salvação de um sistema econômico refém da escalada do desemprego nos fins do século XX.

Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1024) assenta que a redução da jornada de trabalho tem o condão de abrir novos postos, ou, na pior das hipóteses, obstaculizar o ritmo do avanço da taxa de desocupação. Além disso, a medida guarda o potencial de incorporação de novas pessoas no mercado econômico. Destaca, ainda, o autor, que “a criação de empregos novos em face do encurtamento da duração do trabalho seria fundamental mecanismo de democratização do progresso científico e tecnológico alcançado pela humanidade nas últimas décadas” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1024).

Por seu turno, Cássio Calvete (2003, p. 418) ressalta a polarização do debate em torno das medidas de combate do desemprego, envolvendo a regulação do tempo de trabalho, conforme o vetor macro e microeconômico analisado. De um lado, assinala o autor, a medida carece de ações macroeconômicas, solução pela adoção de políticas que estimulassem os investimentos, de outro lado, restringe-se a ações corretivas junto ao mercado de trabalho. Se, por um lado, a mera redução da jornada teria o condão, por si só, de diminuir as taxas de desemprego, pela corrente da solução microeconômica, a solução se dá pela liberalização do mercado através da flexibilização e da desregulamentação, mediante a completa eliminação de legislações fixando tempo de trabalho.

A histórica luta de classes que orbitava a questão da duração do trabalho recebe, nesse contexto econômico, novos contornos, passando a direcionar esforços também aos outros elementos constitutivos do conceito de tempo de trabalho, a saber, a distribuição e a intensidade dos períodos dedicados ao labor.

As novas práticas de gestão do trabalho, por sua vez, encontraram, no padrão jurídico estabelecido até então, fronteiras de difícil transposição, não obstante a consagração da figura clássica do *jus variandi*, que, a seu turno, flexibiliza o princípio da inalterabilidade e permite estabelecer mudanças nas condições de trabalho, desde que não impliquem danos ao trabalhador, tornando, em certa medida, dispensável a efetuação de mudanças contratuais para concatenar as relações laborais com o dinamismo e a imprevisibilidade do mercado (ARMANDO; PEREIRA, 2016).

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 82) explicita os dois padrões elementares de estruturação jurídica do Direito do Trabalho: a normatização autônoma e privatística, caracterizada pelo modelo negociado típico do modelo anglo-saxônico, em face do qual se supõe notável reconhecimento à força organizacional e às prerrogativas dos sindicatos de trabalhadores, a par de significativo respeito às organizações de empregados no interior das empresas e de seus distintos estabelecimentos; distintamente, a normatização privatística subordinada consagra o modelo legislado, de matrizes europeias continentais democráticas (ex: França, Alemanha e Portugal) e endossado no Brasil, que se notabiliza a forte presença da legislação estatal em harmonia à organização sindical e à presença da negociação coletiva no conjunto de todo o sistema. Segundo essa sistemática heterônoma, as regras de negociação coletiva se subordinam ao piso mínimo fixado pela legislação do Estado, que assume, de maneira geral, caráter de patamar civilizatório mínimo imperativo no conjunto econômico e social.

Em face da orientação clássica de centralidade das normas heterônomas justralhistas, sobretudo nos sistemas de tradição *civil law*, esse cenário de transformações estruturais foi forjando paulatinamente o resgate, no ambiente de trabalho, da autonomia negocial privada, seja individual ou, em maior grau, coletiva, até a desregulamentação efetiva de determinadas figuras típicas às relações empregatícias, em um processo de simbiose dos padrões de estruturação justralhista.

A flexibilização das relações laborais passa a ser encarada nesse contexto como um processo de relativização do caráter imperativo das normas trabalhistas, as quais passam a ser dotadas de maior disponibilidade pelos atores envolvidos. Ao transcender as alterações típicas do *jus variandi*, a flexibilização torna-se a possibilidade, sancionada pela ordem jurídica, de os empregadores adotarem o número de trabalhadores, o tempo e a organização do trabalho às variações da procura, de ajustarem os salários em função de critérios econômicos – como produtividade e rendimento obtidos –, e de exigirem aos trabalhadores a execução de tarefas diretas, com vistas a responder às solicitações do mercado e reduzir os custos produtivos (FERNANDES, 2004, p. 202-203, apud ARMANDO; PEREIRA, 2016).

Exemplificativamente, no modelo brasileiro, não se admite, em regra, a renúncia a direitos concernentes à jornada, assim como a transação bilateral individual,

exceto nas situações inseridas no *jus variandi* ou aquelas destinadas a atender interesses extracontratuais do trabalhador. As normas sobre duração do trabalho subsistem, portanto, com seu caráter imperativo, sendo vedadas alterações contratuais lesivas, à luz do art. 468 da CLT (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018; SILVA, 2013, p. 73).

No entanto, a imperatividade normativa não impede, por si só, a negociação coletiva dos direitos respectivos, havendo que se perquirir, nesse contexto, o grau de indisponibilidade desses direitos, decorrente da própria natureza da parcela ou de disposição legal expressa (a exemplo da autorização contida nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal Brasileira à transação). A negociação de direitos marcados por indisponibilidade absoluta é vedada mesmo aos entes sindicais, em razão do interesse público que lhes orbita (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1047).

A Lei que operou a recente reforma trabalhista no Brasil (nº 13.467/2017) acresceu o parágrafo único do art. 444 da CLT para permitir ao empregado com diploma de nível superior e com salário igual ou superior ao dobro do teto previdenciário realizar “livre estipulação” de direitos, nos mesmos termos aplicáveis às negociações coletivas, podendo sobre estas prevalecer. Nos termos propostos pela referida lei, as normas atinentes à duração do trabalho encontram-se abertas à negociação individual junto a essa nova classe de trabalhadores “emancipados”, conforme a interpretação combinada do referido dispositivo e dos arts. 611-A, I, e 611-B, parágrafo único, todos da CLT.

Godinho Delgado (2018, p. 1050) sustenta a inconstitucionalidade da referida norma, em virtude da implementação de segregação jurídica irrazoável na mesma empresa e por proporcionar um alargamento não autorizado dos limites da flexibilização.

Além da incompatibilidade direta com o texto constitucional, o citado autor (2017, p. 83) alerta, ainda, para a perniciosidade da extensão atribuída à flexibilização operada na reforma trabalhista brasileira, uma vez que o modelo legislado possui mais significativa força de resistência, quando consideradas conjunturas fortemente desfavoráveis; por outro lado, o padrão essencialmente negociado, ao ver enfraquecida a força associativa e organizacional dos sindicatos, permite colocar em

risco maior, mais direto, mais automático, mais profundo, o patamar civilizatório propiciado pelo Direito do Trabalho na história, a exemplo da realidade britânica, norte-americana e italiana, a partir da década de 80.

Extraí-se da doutrina portuguesa substancial desenvolvimento em torno do conceito de flexibilização, a ressaltar a delimitação polissêmica de Liberal Fernandes (1997, p. 115–116), que abrange a variação da duração diária, semanal ou anual do tempo de trabalho, a manifestação das formas de emprego que não seguem o modelo tradicional da relação de trabalho e a repartição mais flexível do trabalho ao longo da vida profissional do trabalhador. Monteiro Fernandes (2005) distingue, por sua vez, as diferentes flexibilidades entre as tipologias funcional – como o direito de variação temporária da atividade contratada –, temporal – a compreender os regimes de adaptabilidade e de isenção de horário –, geográfica – que propõe a relatividade do local de trabalho – e retributiva. Assinala-se, ainda, a dicotomia entre a flexibilização interna e externa, caracterizadas, respectivamente, pela alteração de regimes laborais típicos e pela proliferação de novas modalidades de contrato de trabalho (RAMALHO, 2014, p. 253).

Paralelamente à delimitação jurídica do conceito de flexibilização, a literatura trabalhista, ao se debruçar sobre a experiência prática do fenômeno, acentua a sua catalisação por fatores conjunturais, como as crises econômicas, o aumento da competitividade na economia global e a introdução de novas tecnologias. Assim, nos períodos de crise, recorre-se à flexibilização a fim de se reduzir custos para a sobrevivência das empresas; por sua vez, a globalização demanda tal redução de custos como imperativo da competitividade (ARMANDO; PEREIRA, 2016).

Relativamente à tecnologia, ressalva-se a relação paradoxal no cotejo com as relações laborais. Apesar de, por um lado, as inovações tecnológicas potencializarem a implementação de novas modalidades de prestação de serviços notabilizadas pela atenuação da subordinação entre empregado e empregador, por outro lado, o aprimoramento de técnicas produtivas e de mobiliários, ou a inserção de outros elementos agregadores à higidez da atividade laboral são exemplos do potencial virtuoso da tecnologia nas relações de trabalho, como o aumento da produtividade a nível microeconômico (CALVETE, 2003).

Não obstante, como as empresas pouco investem em inovações tecnológicas durante períodos iniciais de crise, a elevação da produtividade é um caminho praticamente cerrado para a produção de valores, o que leva as empresas a recorrerem a duas outras fontes de valores, o alongamento das horas de trabalho e a intensificação do labor (ROSSO, 2013, p. 53).

Nessa espécie de *trade-off* entre heteronomia, autonomia coletiva e individual, ou, noutro plano, entre mínimo de proteção, adequação econômica e social, e liberdade contratual (FERNANDES, ANTÔNIO MONTEIRO, 2005), não se deve perder de vista a realidade social, econômica e jurídica em que se discute a flexibilização, sob o risco de se tornar inócua eventual abertura das relações justralhistas ou mesmo potencializar-se seus efeitos danosos quando transplantadas acriticamente de outros sistemas. Por exemplo, índices de ocupação no mercado de trabalho, peculiares a cada país, dizem muito sobre o grau de voluntariedade, ou, mais especificamente, de autonomia negocial do empregado no âmago do contrato de trabalho no respectivo sistema.

Desse modo, é possível constatar que o processo de flexibilização das relações do trabalho, não obstante guarde relação com o desenvolvimento do sistema de metabolismo social do capital²⁰, não se manifesta linearmente pelo globo. A expansão de turnos de revezamento e trabalhos a tempo parcial corresponde a uma tendência nos países economicamente avançados, enquanto nas nações em desenvolvimento verifica-se o crescimento da flexibilização em moldes informais, mediante baixa remuneração e recurso abusivo do trabalho suplementar (LEE; MCCANN; MESSENGER, 2012).

As representações coletivas detém um papel essencial no contexto flexibilizatório. Não obstante, o Direito do Trabalho afasta-se do Civil no que se refere à incidência do *pacta sunt servanda*, razão pela qual, mesmo nas negociações levadas a efeito em âmbito coletivo, não se deve desconsiderar o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, por se tratar de um patamar jurídico mínimo, abaixo do qual se irrompe a tutela da dignidade humana.

²⁰ Cf. Ricardo Antunes (2007).

Enquanto na flexibilização há uma “adaptação” das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários (ROBORTELLA, 1994, p. 97, apud FILHO, 2016), o processo de desregulamentação compreende a “ausência” de leis do Estado limitadoras do exercício da liberdade sindical e das representações de trabalhadores, por meio do entendimento direto com as representações empresariais ou com os empregadores (MASCARO, 2004, p. 156-157, apud FILHO, 2016).

Devido ao extremado grau de flexibilidade, a desregulamentação das relações laborais alberga alto risco de implosão do *patamar civilizatório mínimo* (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018) e da sistemática protetiva do Direito do Trabalho, mesmo quando inserida no debate de políticas públicas relacionadas ao emprego.

A par disso, com a consolidação de práticas como a sobrejornada e a implantação de sistemas de compensação ou mesmo de isenção de horário, evidencia-se o movimento, muitas vezes endossado pela jurisprudência, de prolongamento dos limites aplicáveis ao *jus variandi* do empregador.

Como se disse, a doutrina jurídica costuma identificar essa tendência flexibilizante em todo o campo do Direito do Trabalho, seja para influenciar a incorporação de modelos contratuais atípicos (flexibilização externa) ou mesmo na implementação de figuras jurídicas tendentes a estender o espectro negocial das partes, mesmo na genuína relação laboral (flexibilização de ordem interna).

A implementação de tipos contratuais como a terceirização de serviços (*outsourcing*) e o trabalho intermitente, ou, ainda, o desenvolvimento de categorias jurídicas como o pagamento por produção, a participação nos lucros, o sobreaviso ou a dispensa imotivada compreendem exemplos patentes das respostas do Direito do Trabalho, sob o influxo econômico-liberal, à sucessão dos fatos sociais.

A flexibilização, ao incidir sobre contratação e dispensa, aspectos retributivos e até mesmo instrumentais – como se dá na instituição de instâncias administrativas para resolução de conflitos –, permeia, pois, todo o âmbito de incidência desse ramo do Direito.

Relativamente ao tempo de trabalho, não se faz diferente. Figuras como as horas de percurso (*in itinere*) e o banco de horas compreendem-se nesse rearranjo jurídico dos períodos dedicados ao labor. Franco Filho (2016) identifica como elementos fundamentais de validade da flexibilização o interesse das partes e a observância das razões de saúde, higiene e segurança do trabalhador. O autor observa, ainda, ser recomendável o ajuste da jornada tendente a eliminar horas extras e abrir mais postos, como a adoção do regime de trabalho a tempo parcial.

A rigor, são os períodos de descanso um dos elementos mais sacrificados em matéria de flexibilização, haja vista o padrão toyotista de redução das porosidades do trabalho e de sincronismo com as flutuações da demanda.

A possibilidade de redução do período destinado ao repouso e à alimentação no interior da jornada de trabalho, por exemplo, foi por muito tempo objeto de discussão na jurisprudência trabalhista brasileira, até a fixação da diretriz considerando-se inválida a cláusula coletiva que reduz o tempo mínimo legalmente fixado para o chamado intervalo intrajornada, por se tratar de norma tutelar de saúde, higiene e segurança do trabalhador, indisponível, por conseguinte, à autonomia privada²¹.

Apesar da proteção social que lhe é tributária – haja vista o papel dos descansos no restabelecimento físico e psíquico do trabalhador, e, sobretudo, a preponderância da fruição de períodos ociosos (ou tempos livres) no aprimoramento das relações pessoais e afetivas, na interiorização espiritual, enfim, no desenvolvimento da personalidade humana –, os períodos reservados ao não-trabalho afiguram-se cada vez mais negligenciados nas relações laborais mediante um processo de evanescência que coloca em emergência inclusive a defesa do multicitado direito de desconexão do trabalho, tamanha a ingerência do poder diretivo do empregador, ainda que remota e indireta, nos períodos de repouso.

²¹ Trata-se de enunciado constante na Súmula 437, I, do Tribunal Superior do Trabalho que orienta a atuação dos demais juízos trabalhistas no país. A Lei 13.467/2017, que instaurou a Reforma Trabalhista no Brasil, relativizou, no entanto, tal diretriz, permitindo a redução do intervalo intrajornada a até 30 minutos diários, abaixo do patamar previsto no *caput* do art. 71 da CLT, de uma hora.

Dada a preponderância física, psíquica e social da tutela dos tempos de não-trabalho, o direito à desconexão do trabalho deve ser concebido não somente como um direito individual do trabalhador, mas também como um direito da própria família, e, por que não, da sociedade (MAIOR, 2003, p. 311).

Nesse ponto, Liberal Fernandes (2012, p. 312) destaca que, se o direito ao repouso tem de se relacionar com os ciclos naturais de resistência física e intelectual do trabalhador, logo, todas as formas de flexibilização do período normal de trabalho representam uma restrição do referido direito, além de dificultar, por regra, a conciliação da atividade profissional com a vida familiar do empregado.

A distribuição horária da jornada também ressalta em importância na flexibilização dos tempos de trabalho. Muito em voga no Direito do Trabalho contemporâneo a discussão acerca dos módulos temporais aplicados aos regimes de compensação e bancos de horas. A orientação jurídica clássica de estabelecimento de limites de jornada diários e semanais tem perdido espaço em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, em razão da relevância prática assumida pela adoção desses sistemas.

Tais regimes permitem a prestação estendida de labor em um dia, ou em vários dias, mediante a dedução desse sobrelabor em outros dias, ou a monetarização do sobrelabor, de modo a se viabilizar o atendimento a picos de produção sem que as empresas se vejam incitadas a despender recursos com o pagamento de horas extras aos trabalhadores envolvidos ou mesmo com a contratação de novos empregados.

Com o fim de atender à instabilidade relativa ao sistema de produção *on demand*, as compensações passaram a obedecer a um período de referência mais alargado, como a quinzena, o mês, ou mesmo o ano. A implementação de regimes de compensação ou de bancos de horas, sobretudo sob a constância de módulos temporais tão elásticos, tem implicações jurídicas relevantes, na medida em que envolve a desestabilização do tempo de trabalho e do descanso do trabalhador, além de, dentre outros efeitos, impactar a consecução das políticas públicas de fomento ao emprego.

Essa inconstância ínsita aos regimes compensatórios tende a comprometer, ainda, o estreitamento de laços familiares e sociais, e, consequentemente, a conciliação da atividade profissional com a vida privada dos trabalhadores, na medida

em que, à luz do voto condutor do Acórdão 338/10 do Tribunal Constitucional Português (Processo 175/09, Relator Conselheiro José Borges Soeiro, decisão em 22/9/2010),

“[o] acréscimo dos tempos de trabalho em determinados períodos torna, porém, mais exíguo o encontro familiar (em especial no âmbito da chamada família nuclear) e essa perda não é geralmente compensada pela redução posterior de tempo de trabalho, uma vez que os outros elementos da família não terão certamente as mesmas variações (isto é, acréscimos e reduções) nos seus horários laborais e escolares.”

Liberal Fernandes (2012, p. 106, citando Miguel Monteiro, 2009, p. 517) destaca a vertente exclusivamente empresarialista da figura do banco de horas, seguindo a tônica das últimas reformas laborais, opinião que ora se endossa. Assenta o autor que a modalidade, tal como concebida no ordenamento jurídico português, está prevista apenas para possibilitar ao empregador aumentos no tempo de trabalho para além do período regular, não passando, por isso, de uma modalidade anômala de trabalho suplementar, porém, sem que se sujeite às condições ou limites historicamente desenvolvidos na respectiva legislação. Além disso, reitera o autor os reflexos negativos da medida no mercado de trabalho, uma vez que obsta novas contratações, ainda que a termo.²²

Outra prática condizente com a flexibilização das relações de trabalho modernas, e, principalmente, com a intensidade do trabalho, diz respeito aos turnos de revezamento. Apesar das muitas variações da figura nos ordenamentos jurídicos que a contemplam, em suma, pode-se caracterizá-la pela alternância de equipes em um mesmo posto de trabalho. O sistema de trabalho em turnos foi concebido por motivos de ordem técnica nas indústrias cujos fornos não poderiam sofrer resfriamento, razão pela qual não poderia haver qualquer solução de continuidade em seu funcionamento. Tendo em vista a penosidade inerente ao labor noturno, a prestação ininterrupta de serviços passou a se dar de forma alternada pelas respectivas equipes. De modo a não sobrecarregar nenhum coletivo, as equipes revezam entre si, prestando seu ofício por todos os períodos do dia.

²² Relativamente à relação entre a não contenção dos tempos de trabalho e o adensamento do desemprego, consultar António José Moreira (2005, p. 143).

Sobre a troca de turnos, a OIT anotava que quando se começou a utilizar o trabalho em regime de turnos havia somente três equipes, uma para cada turno, sendo que a única maneira de proporcionar um período de descanso de 24h consecutivas para duas das três equipes no momento da troca de turnos consistia em obrigar a terceira equipe a trabalhar em um turno duplo de 16h consecutivas (sistema manifestamente antiquado). De modo que a contratação de uma quarta equipe, bastante difundida já no final do século passado, permitiu manter uma duração semanal média de trabalho mais razoável, bem como a concessão de períodos de descanso mais longos, a abolição dos turnos duplos e o estabelecimento de diferentes sistemas de revezamento. A OIT anunciava, há muito tempo, que em alguns países industrializados havia a utilização de uma quinta equipe, o que permitia reduzir consideravelmente a duração média semanal do trabalho (CLERC, 1987, p. 139-140, apud SILVA, 2013, p. 157).

A persistência das razões técnicas ora subsistem com fundamentos economicistas na implementação dos referidos turnos, em particular pelo interesse em aumentar o período de uso dos equipamentos ou do funcionamento dos serviços (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 195). A exploração ininterrupta da estrutura produtiva passa a ser um atrativo ao empresariado, mesmo se consideradas as peculiaridades do labor em período noturno, sobretudo a sua remuneração acrescida.

A consolidação do adicional pelo trabalho noturno nos distintos ordenamentos jurídicos modernos evidencia a natureza penosa desse tipo de labor, em virtude dos impactos de ordem fisiológica e sociais ao trabalhador que a ele se submete, fato que reclama a imposição de balizas jurídicas à adoção desse tipo de regime.

O esforço superior decorrente do trabalho noturno decorre dos impactos ocasionados nos ciclos biológicos diários do trabalhador, os chamados ritmos circadianos, responsáveis por influenciar o modo de funcionamento do organismo. Com efeito, estudos apontam para os efeitos deletérios do trabalho noturno e sua potencialização pela alternância característica do regime de turnos (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, citando pesquisa do Eurofound).²³

²³ Na mesma linha, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 146–147) aponta estudos de Mello, Santos e Tufick (2007, p 14-15) e Gaspar, Moreno e Menna-Barreto (1998, p . 239-240) acerca do déficit de sono de trabalhadores em regimes de turnos de revezamento, por força do fenômeno da

No que se refere às figuras atinentes ao tempo de trabalho e frutos da flexibilização exógena das relações trabalhistas, ressalta-se os contratos de trabalho a tempo parcial e o intermitente.

Trata-se de medidas impulsionadas nos países anglo-saxões, a partir da década de 90 e 2000, e na Europa Continental, fruto do movimento comunitário de afirmação da *flexissegurança*, que propugna a conciliação dos valores aparentemente antagônicos da flexibilização das relações trabalhistas e da segurança no emprego, em alento à tentativa de “modernização do Direito do Trabalho para fazer frente aos novos desafios do século XXI” (STÜRMER; COIMBRA, 2012, citando o “Livro Verde sobre relações laborais da União Européia”, de 2006).

As figuras ganham corpo nas economias desenvolvidas, enquanto constituem verdadeira incógnita ainda nos países do sul da Europa e nos demais Estados em situação de desenvolvimento.

Concebido inicialmente como alternativas para ciclos produtivos sazonais (impulsionados por fatores naturais ou mercadológicos), o contrato de trabalho a tempo parcial e o intermitente vêm ganhado novas dimensões, de forma a atender, em determinados sistemas, inclusive, a picos de demanda em determinados horários do dia, como se propõe o tipo brasileiro de intermitência. Atinge-se, portanto, a otimização dos recursos humanos da empresa (RAMALHO, 2014, p. 366), sem se atribuir qualquer remuneração à inatividade que permeia os períodos de prestação efetiva de serviços do empregado.

A utilização do trabalho a tempo parcial tem por fim a realização de diversos objetivos sociais.

Ao trabalhador, a ativação em jornada inferior potencializa a promoção do lazer, do convívio familiar (a exemplo do contrato em razão da parentalidade, previsto nos arts. 51º, 55º e 57º do CT), ou mesmo o incremento remuneratório, por meio da busca de uma segunda colocação profissional.

O empregador, por sua vez, vislumbra na figura um instrumento de flexibilidade de mão de obra, capaz de proporcionar a redução do tempo ocioso do trabalhador ao longo da sua jornada, bem como a ininterrupção da produção (a exemplo do contrato de substituição ao descanso de outro trabalhador) e o atendimento a picos de demanda (característica da *lean production*), no horário de almoço ou após o expediente comercial, no setor de serviços, por exemplo.

O Estado também se mostra interessado no tipo contratual, principalmente, no tocante à redução das taxas de desemprego, por meio da promoção da partilha de postos de trabalho. Para além do delineamento da estratégia macroeconômica, o trabalho a tempo parcial ganha corpo na formulação de políticas sociais, compreendendo um importante instrumento de integração do jovem estudante ao mercado (por exemplo, a compulsória passagem a tempo parcial do contrato do menor em idade escolar obrigatória ou em curso de qualificação profissional, prevista no art. 67º, 4, do CT) e de transição sadia à aposentadoria (destaque na lei portuguesa para o Decreto-Lei 324/99, relativo aos funcionários com mais de 55 anos na Administração Pública).

O empregador vale-se do trabalho intermitente, por sua vez, para manter um núcleo efetivo estável e adaptável ao ciclo produtivo da empresa, ao tempo em que, ao trabalhador, tem-se um vínculo permanente alinhado à possibilidade de exercício de outra atividade (ALMEIDA, 2011, p. 350).

A despeito dos impactos à sistemática produtiva sobre os quais se erigiu o Direito do Trabalho, comumente se recorre a justificações finalísticas acerca da flexibilização das normas laborais, pontuando-se pragmaticamente os seus prós e contras, seja sob a ótica dos trabalhadores, da competitividade das empresas, da economia dos Estados, etc.

Dentre os efeitos positivos habitualmente levantados principalmente na literatura econômica do trabalho, destaca-se a satisfação dos empregados submetidos a um vínculo flexível de trabalho, o aumento da produtividade individual e da qualidade do serviço prestado, além da redução do absenteísmo. Os estudos que propõem tais conclusões baseiam-se no ganho de motivação pela submissão voluntária dos trabalhadores à dinâmica flexível de trabalho, com base na chamada teoria da troca

social (*social exchange theory*), em contextos de políticas *family-friendly* ou de jornada reduzida²⁴, não obstante a existência de estudos apontando para a atenuação do comprometimento organizacional e do esforço daqueles que se ativam em jornadas inferiores à regularmente praticada na empresa²⁵.

A teoria da troca social preocupa-se com as obrigações geradas por meio de uma série de transações entre as partes. Em resumo, a pessoa que recebe algum tipo de benefício obriga-se frente àquele que lhe proporciona tal vantagem. Para se desvencilhar da obrigação, o beneficiado se encarrega de proporcionar algum ganho em contraprestação. Nas relações trabalhistas, o trabalho flexível decorrente de opção voluntária do empregado cria um sentimento de dever a cumprir pelo obreiro, o qual pode ser negociado ou voluntariamente colocado em prática.²⁶

Pelo lado do empregador, há certa inclinação na doutrina econômica acerca do fator redutor de custos em decorrência da adoção de regimes flexíveis de trabalho, a exemplo do já citado efeito do banco de horas, que dispensa o pagamento de adicional de horas extras, bem como da possibilidade de divisão do mesmo posto de trabalho por trabalhadores a tempo parcial. Outros pontos aventados são os resultados quantitativos e qualitativos, a maior capacidade de atração e retenção de bons empregados e o recrudescimento da lealdade depositada por empregados motivados no emprego²⁷.

Por fim, há quem sustente que a flexibilização favorece as políticas macroeconômicas e de redução do desemprego (NAVARRO; TRICLIN (1999, p. 110), apud MOREIRA, 2005, p. 144), ora por dotar de dinamismo e competitividade o tecido empresarial, aquecendo o mercado interno, ora atuando como elemento de estabilidade retributiva e do emprego, no caso dos regimes compensatórios e intermitentes, por exemplo (MOREIRA, 2005, p. 149–150).

²⁴ Cf. Beilyn et al (2001), Hill et al (1998), Hyman e Summers (2004), Igbaria e Guimaraes (1999), Edwards e Robinson (2004), Skinner (1999), Dex e Scheibl (1999), citados por Kelliher e Anderson (2010).

²⁵ Por todos, Steffy e Jones (1990), citados por Kelliher e Anderson (2010).

²⁶ Cf. Blau (1960), Homans (1958), Emerson (1976) e Molm et al (1999), citados por Kelliher e Anderson (2010).

²⁷ Cf. Belanger (1999), Eaton (2003), Konrad e Mangel (2000), Dex et al (2001), Branine (2003), Rau e Hyland (2002), Rothausen (1994), Grover e Crooker (1995) e Roehling et al (2001), citados por Kelliher e Anderson (2010).

Chama-se a atenção para a controvérsia envolvendo os resultados práticos a respeito da produtividade e do combate ao desemprego. Estudos envolvendo o trabalho a tempo parcial, por exemplo, são emblemáticos nesse contexto, porquanto demonstram ora aumento da produção coletiva das organizações que promovem a gestão orientada da mão de obra, ora indicam queda no desempenho individual dos trabalhadores. Já no que remete às políticas de colocação profissional, verificam-se consistentes teses no sentido de que a redução contratual da jornada não acompanha proporcionalmente a admissão de novos empregados, sobretudo quando a média salarial é diminuta, a cultura da sobrejornada é patente e a auditoria do trabalho se mostra débil (CALVETE, 2003, p. 431–432; SILVA, 2013, p. 60).

Em contraposição aos sinais favoráveis à flexibilização das relações trabalhistas encontra-se uma ampla corrente de estudiosos, majoritariamente voltada às ciências sociais aplicadas, a se mostrar cética à tendência. Conforme destacado linhas atrás, o aumento da intensidade do trabalho, mediante a eliminação das porosidades e a desnaturação dos tempos de descanso (CARDOSO, 2013, p. 355), costuma ser apontado como fonte de descontentamento e desmotivação no trabalho (CARDOSO, 2013, p. 356, citando “Enquete Europeia de Condições de Trabalho”, 2010) e, por conseguinte, problemas de saúde (HIRATA, 2011; SILVA, 2013).

Nesse cotejo pragmático da flexibilidade, é preciso atentar para a heterogeneidade das medidas, os distintos graus de flexibilização e a infinidade de implicações, de modo que qualquer juízo valorativo pode ser precipitado quando não orientado a determinado recorte específico. Em outras palavras, a realização da análise sob uma perspectiva generalizada abre espaço para conclusões de frágil confrontação, desprovidas de rigor científico.

Imprescindível, portanto, o exame detido das principais medidas transformadoras do tempo de trabalho e oriundas da influência liberalizante da economia dos fins do século XX, tomando como base os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, a saber: o regime de adaptabilidade, o banco de horas, o horário concentrado, a isenção de horário, o trabalho em turnos e a jornada suplementar.

Sem prejuízo, cumpre constatar que o movimento de flexibilização das relações de trabalho deve ser encarado com cautela a fim de que o regime jurídico

mantenha-se fundado sobre os princípios comezinhos do Direito do Trabalho, não obstante a influência de outros fatores reais, a exemplo das demandas oriundas do mercado.

Não se deve descurar da ponderação em face dos imperativos de valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana (fundamentos da República Federativa do Brasil – art. 1º, III e IV, da CF – e da República Portuguesa – art. 1º – e matizes do Estado Democrático de Direito). Especificamente, as inflexões das novas realidades sociais, econômicas, políticas e tecnológicas na duração do trabalho não se devem descolar da proteção à saúde e à segurança, do combate às jornadas excessivas (mediante a efetividade dos limites de jornada, e a restrição efetiva do recurso ao trabalho suplementar) e do respeito aos períodos de não-trabalho.

Afinal, o discurso de que *a pior exploração do ser humano é a ausência de exploração* (FORRESTER, 1997, p. 16) não pode transformar o fomento ao emprego em mera retórica para escamotear direitos elementares do trabalhador, sob pena de que o preço a pagar pelo modelo de flexibilização adotado unicamente pela demanda da produção e não pelas necessidades dos trabalhadores se converta na implosão do *Welfare State* (MOREIRA, 2005, p. 153), uma vez que a precarização do trabalho mostra-se tão grave quanto o desemprego (CALVETE, 2003, citando CASTEL, 1998).

Feitas essas considerações, cumpre analisar mais detidamente a evolução das legislações dos dois países analisados, naquilo que pertine ao tempo de trabalho.

1.5 *A normativa internacional*

Como se destacou anteriormente, a jornada de trabalho sempre esteve na vanguarda do sistema de regulação laboral, a impulsionar os primeiros movimentos sociais no século XIX, após o estopim da Revolução Industrial. Mais tarde, depois de o mundo experimentar os horrores da Primeira Grande Guerra, a regulação do tempo de trabalho se fez mais uma vez presente quando da adoção da primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, ano de sua criação, como parte do Tratado de Versalhes.

Antes disso, a Europa passou a testemunhar, com o incremento da produção industrial nos séculos XVIII e XIX, uma intensificação obsessiva da mão de obra nas cidades, por parte dos burgueses ora em ascensão no recém-surgido regime político de matriz liberal. O foco nos primados da liberdade individual e da não-intervenção do Estado no mercado de produção de bens não impediu que a classe operária passasse a ser submetida a turnos de até 18 horas de trabalho por dia, incluindo-se a presença maciça de mulheres e crianças nos pátios industriais.

Após mais de um século de efetiva luta de classes e algumas conquistas pontuais envolvendo a negociação de condições mínimas de trabalho, germinam-se, em meados do século XIX, na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, as primeiras legislações de relevo a limitar a jornada dos trabalhadores na indústria. Não obstante, os primeiros registros históricos de regulação legal do tempo de trabalho remontam ao Estatuto dos Trabalhadores Ingleses, decretado por Eduardo III, em 1349 (SILVA, 2013, p. 29), ao Estatuto de 1496, de Henrique VII (SILVA, 2013, p. 29), e às Leis das Índias, de 1593, de Felipe II (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2015).

Voltando a 1919, cumpre destacar que, por meio da Convenção n.º 1 da recém-criada OIT, os diversos países integrantes da então Sociedade das Nações acordaram sedimentar o “princípio do dia de trabalho de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas” nos “estabelecimentos industriais”. Nasce aí o marco regulatório geral pelo qual o incipiente Direito do Trabalho passaria a se orientar, e sobre o qual a própria OIT se consolidaria como principal porta-voz na busca da justiça social por meio da centralização do trabalho ao redor do globo.

A respeito da normatização levada a efeito no âmbito da OIT em torno da organização dos tempos de trabalho, destacam-se, ainda, as Convenções n.º 30 (de 1930), 47 (1935) e 175 (1994), que tratam, respectivamente, da extensão da jornada diária de 8 horas e semanal de 48 aos trabalhadores no comércio, da redução da jornada semanal a 40 horas e do trabalho a tempo parcial. Dos instrumentos citados, Portugal tem ratificadas as Convenções n.º 1 e 175. O Brasil, por outro lado, não endossou nenhum dos documentos. Não por coincidência, o país convive com uma das maiores jornadas legais de trabalho do mundo, limitada a 8 horas diárias e 44 semanais, não obstante o movimento de redução iniciado com a promulgação da Constituição Federal brasileira, em 1988, que colocou fim à jornada semanal de 48 horas. Desde 2015,

tramita no Congresso Nacional Projeto de Emenda à Constituição (PEC 89/2015) tendente a reduzir o patamar semanal máximo para 40 horas, com atenuação gradual de uma hora por ano, preferencialmente aos sábados.

Ao lado do quadro normativo composto pelas Convenções e Recomendações da OIT, cumpre assinalar a posição de destaque da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC na conformação de diretrizes garantidoras do padrão mínimo de proteção dos direitos trabalhistas, sobretudo no que se refere aos limites temporais de jornada e o seu impacto no desenvolvimento da personalidade dos cidadãos por meio da sua respectiva inclusão social pelo trabalho, a exemplo do direito ao descanso semanal remunerado, previsto nos arts. 24 da DUDH e 7º, d), do PIDESC, bem como nas Convenções 14 e 106 da OIT.

No âmbito da Comunidade Europeia, a tutela justrabalhista impulsiona-se sobretudo pelo objetivo de corrigir distorções nas regras de concorrência e combater o fenómeno do *dumping social*, muito patente após os sucessivos alargamentos após a dissolução da União Soviética (MOREIRA, 2005, p. 147). Data de 1989 a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, documento que logrou dar guarida às Diretivas Comunitárias voltadas à normatização das relações trabalhistas.

Dentro da temática do tempo de trabalho, destaca-se a Diretiva Marco 89/391/CE, sobre saúde e segurança no trabalho, e abriga a obrigação do empregador à adaptação do trabalho e dos métodos e ritmos de trabalho à vida pessoal do trabalhador. Consiste a norma no merco jurídico geral no qual opera a política de prevenção comunitária (SILVA, 2013, p. 96).

Dispõe de grande relevância, ainda, o tratamento da duração semanal da jornada, dos tempos de repouso e do trabalho noturno pela Diretiva 93/104/CEE, alterada posteriormente pela de nº 2000/34/CE, e transposta em território português por meio da Lei 73/98. Outra referência no assunto, talvez a mais significativa em termos de produção normativa consequente, é a Diretiva 2003/88/CE, que promove orientações gerais aos países-membros voltadas à organização dos tempos de trabalho, inclusive dos contratos atípicos de trabalho, como a modalidade a tempo parcial. Por fim, registra-se a

Diretiva 2010/18/CE, como a mais recente construção comunitária nessa seara, empreendida no intuito de promover a conciliação entre a vida profissional e familiar dos trabalhadores através, por exemplo, do instrumento da licença-parental.

Todas essas normas endossam o compromisso comunitário com a saúde e segurança no trabalho, e a relação íntima desse fator com a regulação da jornada de trabalho pelas normas internas dos países-membros. Apesar da preocupação com a matéria, Trillo Párraga (2010, p. 101-102, apud SILVA, 2013, p. 95) destaca que, por muito tempo, não se logrou adotar uma norma com força vinculante no âmbito da Comunidade Europeia. O autor aponta que a adoção de diretivas nesse sentido somente se viabilizou com a extinção da necessidade de unanimidade para a aprovação dos enunciados, por força da Ata Única Europeia, de 1986, possibilitando-se, assim, a superação da oposição recorrente do Reino Unido na matéria.

Não obstante, Oliveira Silva (2013, p. 99) ressalta a bipolaridade da regulamentação comunitária do tempo de trabalho, dotada de rigidez em alguns pontos, como férias e descansos, e flexível em outros, como o conceito de tempo e trabalho e duração do tempo de trabalho computada num período de referência flexível, bem como a permissão a exceções preocupantes pelos estados-membros, como a possibilidade de renúncia à limitação da duração da jornada (*opt-out*).

Embora a preocupação dos países em torno da limitação temporal do labor, mediante a sua inclusão na agenda internacional, persista há quase um século, verificam-se poucas conquistas no que se refere aos aspectos quantitativos da jornada. Um claro sinal disso é a baixa adesão à Convenção 47 da OIT, de 1935, que fixou em 40 horas a jornada de trabalho semanal – até 2011, apenas 15 países ratificaram o documento (SILVA, 2013).

A evolução normativa do tempo de trabalho, para além das diretrizes da OIT e de outras igualmente imbuídas do “espírito de Filadélfia”²⁸, aponta para a transição do foco institucional das grandes potências econômicas, primeiramente, em torno da garantia de melhores condições de trabalho, seguida do manejo do tempo para

²⁸ Expressão cunhada por Alain Supiot (2014)

proporcionar partilha de emprego e, por fim, com vistas ao fomento da competitividade das empresas (MOREIRA, 2005).

Tal movimento de instrumentalização do tempo de trabalho muito se deve às investidas neoliberais que marcaram os governos Thatcher e Reagan e os influxos dos organismos internacionais de cariz economicista, como a OMC, o FMI e o BCE, que passaram a influenciar a tomada de decisões políticas internas ao redor do globo.²⁹

Em consequência, o tempo de trabalho caracteriza-se ainda hoje por jornadas exaustivas, acima, muitas vezes, do patamar mínimo estabelecido na Convenção nº 1 da OIT. Não obstante o prognóstico acerca da tendência mundial rumo à jornada semanal de 40 horas (LEE; MCCANN; MESSENGER, 2012), o cumprimento de jornada superior a 8h por dia comumente se repete em países periféricos, além de se manifestar também em nações economicamente avançadas, como Japão, Estados Unidos, Canadá e Áustria (FILHO, 2016).

A despeito da normatização de jornadas extensas, a necessidade de tornar efetivamente obrigatórios os limites já existentes, para que a situação concreta seja correspondente à inscrita em lei, corresponde ao maior desafio, sobretudo dos países em desenvolvimento, cujo percentual de trabalhadores que se beneficiam da regulamentação trabalhista é relativamente baixo (LEE; MCCANN; MESSENGER, 2012, p. 21). Nesse contexto de jornadas extensas, projeta-se, ainda, que mais de 20% dos trabalhadores no mundo ative-se em mais de 48h por semana (LEE; MCCANN; MESSENGER, 2012, p. 64).

Em outro norte, apesar de se registrar uma tendência de queda no quantitativo da jornada de trabalho na Europa³⁰, a dimensão temporal do labor vem se modificando qualitativamente nas nações europeias e nos Estados Unidos, mediante a intensificação e a distribuição do tempo de trabalho, mediante a permeabilização dos tempos de descanso do trabalhador e a consequente cisão da dicotomia bem delimitada

²⁹ Nesse sentido, conferir Dray (2015, p. 314).

³⁰ Cardoso (2013) aponta a “Pesquisa Europeia sobre Condições de Trabalho”, em que se constata que a duração média da semana de trabalho na União Europeia passou de 40,5h, em 1991, para 38h, em 2000, e 36,4h, em 2010.

entre tempos de trabalho e de descanso, característica do modelo jurídico-trabalhista clássico.

Sintomático também o processo de segmentação do mercado, escondido muitas vezes por trás do otimismo em torno dos dados acerca da redução da jornada de trabalho. A rigor, o fenômeno das duas últimas décadas pode estar fazendo menos referência a uma conquista da classe trabalhadora e mais a uma dualização da jornada de trabalho onde alguns trabalham em tempo integral e mais extensamente enquanto outros trabalham em tempo parcial e de forma precarizada (CALVETE, 2003, p. 419).

A discriminação ocupacional dos trabalhadores a tempo parcial, por exemplo, constitui uma das grandes preocupações dos países escandinavos, os porta-estandartes dessa modalidade contratual. Ao mesmo tempo em que é pródiga em promover a inserção profissional de cidadãos em posição de risco social, referida figura guarda o potencial deletério da segmentação do mercado, mediante a criação de *trabalhadores de segunda classe*, gerando bolsões de pobreza e reproduzindo estigmas. Nesse ponto, destaca-se a discriminação contra a mulher, em decorrência da alta concentração do gênero nesse tipo contratual (STÜRMER; COIMBRA, 2012), notabilizado por baixos salários (EUWALS; HOGGERBRUGGE, 2004, p. 8; MATTEAZZI; PAILHÉ; SOLAZ, 2012) e restrições iminentes à progressão funcional.

Não obstante, Enrico Traversa (2003) destaca a atuação combativa do Tribunal de Justiça da União Europeia no que se refere à reprodução de estereótipos e discriminações de qualquer espécie, mesmo antes da formulação da Diretiva 97/81/CE, que institucionalizou o acordo-quadro sobre trabalho a tempo parcial.

Com esse pano de fundo, Brasil e Portugal realizaram recentemente modificações substanciais de suas legislações, de modo a impactar sensivelmente as questões afetas ao aspecto temporal do trabalho.

Não obstante, vislumbra-se na concepção sistemática de ambos os ordenamentos jurídicos e, sobretudo, nas respectivas Constituições, potencial para sugerir caminhos mais consentâneos com um projeto de Estado que se centre no trabalho como meio propulsor da emancipação do ser social. Para tanto, releva compreender os pontos nodais entre a consagração da prerrogativa diretiva do

empregador, de um lado, e a tutela dos direitos laborais elementares relacionados ao tempo de trabalho.

2 A evolução dogmática do tempo de trabalho

2.1 *A legislação brasileira*

O Brasil figura entre as nações com as jornadas mais extensas do mundo. Por longos anos, dentre o fim do século XIX e o início da Era Vargas (1930), o país experimentou, no vácuo regulatório das relações laborais, extenuantes jornadas de trabalho, cuja determinação compreendia-se inteiramente na conveniência do empregador. Desde então, a adoção de um modelo de Estado baseado em maior intervenção no domínio econômico favoreceu o estabelecimento de um padrão regulamentado da jornada de trabalho no país (Dal Rosso, 2006, apud RÁO, 2012).

No padrão histórico de longas e flexíveis jornadas de trabalho, os trabalhadores certamente foram marcados por um processo expressivo de intensidade do labor: o permanente excesso de trabalho, os níveis execráveis de acidentes e lesões, os baixos salários e as péssimas condições de trabalho para a grande maioria dos trabalhadores dão indicações inequívocas do nível degradante de intensificação que demarcou a reprodução social da classe trabalhadora do país (RÁO, 2012).

A limitação legal da jornada diária em 8 horas levada a efeito pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, não foi suficiente para que se contabilizassem altas incidências de prestação suplementar de trabalho no cotidiano operário brasileiro. Entretanto, a redução do padrão legal semanal, de 48 para 44 horas, operada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XIII) teve como consequência efetiva a atenuação das sobrejornadas, embora a redução desse recurso seja tributária também do aumento do adicional de horas extras, operado pelo mesmo texto magno.

Em que pese o feito comemorado pelo governo concernente à predominância estatística da jornada máxima legal sobre a sobrejornada no ano de 2007³¹, as horas extras correspondem, ainda, a uma prática incrustada na cultura laboral brasileira. Devido ao fato de os salários serem muitos baixos, o uso das horas extras

³¹ (RÁO, 2012. O autor salienta que, pela primeira vez, foi possível observar o maior percentual relativo dos trabalhadores ocupados laborando jornadas de trabalho padronizadas com o ordenamento legal, delineada pelo limite entre as 40 e 44 horas semanais.)

passou a ser identificado pela classe trabalhadora como uma das poucas oportunidades de elevação de suas rendas do trabalho (FREITAS, 2009, apud RÁO, 2012).

Desde que se convencionou estabelecer limites à jornada, o ordenamento jurídico desenvolve mecanismos para fazer valer as balizas temporais regulamentares. Instrumentos como o adicional remuneratório pela execução de serviços em jornada superior à legal (art. 7º, XVI, da Constituição Federal, assim como o 268º do CT/2009) evidenciam o fim social da norma jurídica, que procura resguardar metainteresses dos trabalhadores envolvidos na regulamentação de limites de jornada e, de forma indireta, servir pedagogicamente como meio desincentivador da prática pelo empresariado.

No entanto, a ineficácia do ordenamento jurídico no que se refere ao aspecto pedagógico tem contribuído para a perpetuação dessa prática, na medida em que os custos desse recurso não se mostram suficientes a desincentivar o empresário, mesmo com o adicional de 50% sobre a hora normal de trabalho. A prova de que o sobrelabor compensa está na grande quantidade de processos envolvendo essa questão na Justiça do Trabalho. A rigor, ao longo do ano de 2015, quase 100 mil reclamações trabalhistas discutiram o pagamento de horas extras nesse ramo da Justiça Brasileira (BRASIL, 2016).

A difícil sindicância do recurso ao sobrelabor contribui para inibir os resultados das políticas aliadas à promoção do emprego e ao combate a jornadas exaustivas de trabalho. Sobretudo em países marcados pela informalidade dos vínculos empregatícios e pela fragilidade da representação sindical, e em geral, os Estados periféricos à vanguarda econômica e financeira mundial, verifica-se o caráter estrutural da prática de trabalho extraordinário. Brasil e Portugal se enquadram nesse grupo. Não obstante a imposição de barreiras jurídicas e econômicas, os países enfrentam severas dificuldades na contenção dos tempos de trabalho.

Além dos efeitos devastadores aos trabalhadores, compreendidos essencialmente pelo comprometimento dos tempos de não-trabalho e pela potencialização de doenças e acidentes de trabalho, a jornada extraordinária de trabalho tem implicações importantes no que se refere à sistematicidade do ordenamento jurídico interno das nações. Com efeito, o movimento de “normalização” de tal recurso, dito extraordinário, impulsionado pelos baixos custos de transação envolvidos, acaba por

ofuscar a incidência de outras modalidades atípicas de contratação, concebidas para fazer frente às oscilações do mercado consumidor.

“Alguns autores destacam ainda o surgimento de um processo em curso, iniciado nesse contexto específico, rumo à descaracterização das horas extras e maior descumprimento de seu pagamento. A introdução do banco de horas, sobretudo nas grandes empresas, e o não ressarcimento das sobrejornadas, seja nas grandes, médias ou pequenas empresas - sob o efeito ou não do regime de compensação ampliado e individual – são indicações de estratégias muito utilizadas pela classe patronal após os anos 1990. Além de não ter ocorrido nenhuma mudança legislativa prevendo qualquer tipo de limitação mensal ou anual sobre as horas excedidas, poucas são as penalizações sofridas pelos empregadores que ultrapassam os limites.” (KREIN, 2007; CALVETE, 2006; CARDOSO, 2009, apud RÁO, 2012, p. 71)

Em outro norte, não se deve deixar de reconhecer o avanço colhido na promulgação do novo texto constitucional brasileiro, relativamente à inclusão das normas atinentes ao tempo de trabalho como instrumentos efetivos da política de saúde pública, notabilizada pela redação dos arts. 7º, XXII, 196, 197 e 200, II. (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 2021)

No que se refere à questão do tempo de trabalho, à CLT contou com constantes modificações no decorrer de seus 75 anos de vigência, sobretudo quanto aos institutos do banco de horas e da compensação, do trabalho extraordinário, do intervalo intrajornada, bem como à previsão de isenção de jornada decorrente da impossibilidade de controle de horários por parte do empregador (nos casos de trabalhador eminentemente externo, detentor de encargo de gestão e teletrabalhador).

Contemporaneamente, Eduardo Ráo (2012) destaca a predominância de três padrões do tempo de trabalho no Brasil, demarcados por duas conjunturas distintas, entre os anos de 1992 e 2009: aquela delimitada entre 1992 e 1998 (1º padrão) e entre 1999 e 2003 (2º padrão), onde se verifica um processo de alongamento das horas trabalhadas e, aquela ocorrida entre 2004-2009 (3º padrão), em que a duração do trabalho sugere um movimento de maior padronização da jornada de trabalho de acordo com a legislação laboral.

O ordenamento jurídico brasileiro, que se notabilizou em grande parte do século XX pela tutela garantística das relações laborais, sofreu, ao longo da década de

90 e início dos anos 2000, uma ofensiva neoliberal com vistas à flexibilização do Direito do Trabalho, não obstante o movimento de reafirmação dos direitos sociais e a constitucionalização dos direitos laborais com a promulgação da Constituição Cidadã.

Advém desse período a consolidação de legislação relativa ao regime de banco de horas (Lei 9.601/98)³², ao trabalho a tempo parcial (Medida Provisória 2.164-41/2001) e a supressão do descanso semanal aos domingos dos trabalhadores no comércio (Lei 10.101/2000). Por sua vez, as negociações coletivas da época seguiram o movimento de rebaixamento e flexibilização de direitos anteriormente garantidos, muitos deles vinculados ao tempo dedicado ao trabalho, tais como: licença maternidade e paternidade, aviso-prévio, trabalho temporário, adicional de hora-extra, adicional noturno e horas de sobreaviso (CARDOSO, 2009, apud RÁO, 2012).

Esses elementos se aliam à terceirização (*outsourcing*), ao modelo de produção *Just in time*, à internalização do conceito de polivalência funcional e à participação nos lucros, no bojo do processo de reestruturação produtiva (KREIN, 2007; CALVETE, 2006; CARDOSO, 2009, apud RÁO, 2012).

Com a transição de governo em 2002, verificou-se o refreamento das iniciativas de cunho neoliberal iniciadas dez anos antes, sem, no entanto, vislumbrar-se o combate efusivo dos influxos flexibilizatórios que lhes são tributários. Com efeito, ao mesmo tempo em que se noticiara a promulgação de leis de fundo progressista, como a Lei do Estágio (nº 11.788/2008), testemunhara-se também o nascimento de normas liberalizantes, como a Portaria 42/2007, do Ministério do Trabalho e Emprego, em que se autorizou a redução do intervalo por negociação coletiva (RÁO, 2012).

Dentre as principais medidas flexibilizadoras das relações de trabalho no Brasil, no período entre 2003 e 2010, estão: a Lei do 1º emprego (Leis 10.748/2003 e 10.940/2004), a reforma previdenciária (Emenda à Constituição 41/2003), a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005), a lei que dispõe sobre o trabalho intelectual (Lei 11.196/2005), a Lei dos empregados domésticos (Lei 11.324/2006), a norma que implementa o contrato de trabalho rural por pequeno prazo

³² A compensação clássica de jornada, prevista no art. 59, § 2º, da CLT, originalmente semanal, desenvolveu-se para a recepção da figura do banco de horas, inicialmente sob o módulo quadrimestral, e, por fim, anual (conforme a corrente redação, dada pela Medida Provisória 2.164-41/2001).

(Lei 11.718/2008); Por outro lado, no time das medidas contrárias à flexibilização, é possível citar as seguintes iniciativas: a política de valorização do salário mínimo, a ampliação do Seguro-Desemprego, a restrição do período de experiência (Lei 11.644/2008).³³

No período que se seguiu até o estopim da crise financeira de 2008, o Brasil colheu bons frutos na seara econômica, com a elevação expressiva do PIB e a manutenção da inflação em baixos patamares seguindo a escalada da economia mundial, o que favoreceu a política de crescimento da média salarial da população sem se abrir mão do compromisso com a redução do desemprego.

Acontece que, mesmo com as medidas positivas efetivadas pelo governo, o padrão vigente de regulação social do trabalho continuou apresentando alto grau de flexibilidade. A flexibilização continuou a avançar com a terceirização, a subcontratação, a contratação como pessoa jurídica, a permanência da alta ilegalidade, informalidade e rotatividade, assim como também com a remuneração variável, a flexibilização da jornada de trabalho e as formas atípicas de contratação (RÁO, 2012).

Nesse contexto, as organizações sindicais, não obstante tenham alcançado avanços importantes na pactuação de melhores condições de trabalho, sobretudo salariais, logrando, assim, superar o ocaso dos anos 1990, não obtiveram o mesmo desempenho no que toca à questão do tempo de trabalho (RÁO, 2012).

Eduardo Ráo (2012) registra como o tema redução da jornada de trabalho foi gradualmente perdendo força nas negociações coletivas no Brasil, verificando-se, ao revés, que o preenchimento desse espaço na agenda das entidades sindicais se deu pela discussão de temas atinentes à flexibilização do tempo de trabalho, como banco de horas, acordo de compensação de jornada, teletrabalho, sobreaviso etc.³⁴

Dentre as razões a explicar esse refluxo do movimento sindical aponta-se a ausência de mobilização dos trabalhadores quanto à redução da jornada, em parte pela preocupação obreira com a questão do emprego e dos salários, mas também pela

³³ Cf. Krein et al (2011, p. 43, apud RÁO, 2012).

³⁴ O autor cita estudo de Ana Cláudia Moreira de Cardoso (2009), que destaca o ano de 2005 como o mais representativo nesse sentido, acompanhado de 2008, com 17,5% e 13,5% das greves pautadas pela flexibilização da jornada.

repercussão negativa de negociações de categorias importantes envolvendo a redução das horas trabalhadas como condição à flexibilização e à intensificação da jornada.(RÁO, 2012)

Não se deve deixar de ter em mente, nesse ponto, o pano de fundo brasileiro, marcado por um Estado de Bem-Estar Social ineficiente na prestação de serviços básicos e na fiscalização das condições de trabalho, além dos baixos salários, da alta informalidade e do indecoroso índice de desemprego. Como implicações dessa ineficiência estatal na jornada de trabalho, destaca-se o aumento das horas trabalhadas proveniente do endividamento das pessoas e da difusão ampliada do crédito numa sociedade que cultua de modo exacerbado o consumo, o tempo de deslocamento entre a casa e a empresa, cada vez mais distante, a exigência constante pela qualificação e requalificação profissional, pelos cursos de línguas e de informática, o tempo dedicado às chamadas atividades de “responsabilidade social” cobrado pelas empresas, o conjunto de tarefas levadas para serem realizadas em casa, os regimes de sobreaviso, o não desligamento da empresa através do uso, principalmente, de computador e de celular, o próprio descumprimento da legislação trabalhista e a ilegalidade de alguns tipos de trabalho (RÁO, 2012).

A segunda década do milênio, por outro lado, tem reservado mudanças estruturais na regulação das relações laborais, contextualizadas por uma acentuada crise política e por combalidos resultados econômicos.

O Programa de Proteção ao Emprego (PPE), posteriormente rebatizado como Programa Seguro-Emprego, instituído ainda no governo de Dilma Rousseff, pela Lei 13.189/2005, visou combater a escalada do desemprego e o fraco desempenho da economia mediante o incentivo para que as empresas em situação de crise financeira reduzissem a jornada de trabalho de seus empregados e consequentemente os respectivos salários, porém, de forma subsidiada pelo Estado.

A medida não surtiu os efeitos esperados, e a economia do país colheu os frutos da progressão em larga escala da inflação e do desemprego, além do agravamento da cisão política que findou na drástica transição de governo.

Tamanha instabilidade, à qual se soma a questão social, protagonizou a retomada do ideário neoliberal. Em nome do resgate da competitividade do país e do

restabelecimento da economia nacional, o Congresso brasileiro, seguindo a ofensiva política instaurada pelo Presidente Michel Temer, aprovou as Leis 13.429/2017, que concebe a terceirização em limites mais extensivos do que os então pacificados na jurisprudência do país, e 13.467, do mesmo ano, que promoveu uma verdadeira reforma trabalhista ao alterar quase uma centena de dispositivos da CLT.

Por força de um arranjo político levado a efeito entre o Poder Executivo e a base governista no Senado Federal, acordou-se com a maioria desta casa revisora a aprovação imediata do Projeto de Lei então aprovado pela Câmara dos Deputados, em face da urgência da agenda reformista e impopular do governo então empossado. Esse imediatismo resultou na aprovação sem a propositura de qualquer emenda ao PL – o que resultaria no retorno da proposta à Câmara para deliberação do novo texto, e, portanto, o prolongamento dos debates. Em contrapartida, o chefe do Poder Executivo editaria uma Medida Provisória³⁵, a regular as matérias eventualmente controvertidas pelo Senado. E assim foi feito. O Senado Federal aprovou pronta e integralmente o PLC 38/2017, dando origem à Lei 13.467/2017, a qual, antes de entrar em vigor, foi complementada e alterada pela MP 808/2017.

No entanto, dado o caráter precário da medida e o descompromisso democrático dos Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, a medida perdeu sua vigência em 23/4/2018, retornando o tratamento jurídico do trabalho intermitente, principal objeto da MP, e de todas as outras disposições a ela inerentes, ao *status quo ante*.

Com vistas a “dinamizar” a gestão de mão de obra e “desburocratizar” o contrato de trabalho, a reforma trabalhista toca em pontos sensíveis da prática laboral brasileira – como a redução do intervalo intrajornada ou o elastecimento dos acordos de compensação – em clara contraposição, inclusive, ao amadurecimento de diretrizes jurisprudenciais até então consolidadas.

³⁵ Trata-se de espécie de medida legislativa de iniciativa do Presidente da República, notabilizada por seu caráter temporário, e concebida para atender situações de urgência, até que uma lei seja aprovada pelo Congresso a seu respeito, sob pena de perda da vigência ao fim do prazo constitucional. O requisito do atendimento a situações emergenciais, no entanto, foi, e continua a ser, historicamente banalizado na história constitucional brasileira. Exemplo disso é a MP 2.164-41/2001, que dispôs, dentre outros, a respeito do trabalho a tempo parcial e do banco de horas.

Ampliou-se a figura do Trabalho a Tempo Parcial (art. 58-A da CLT), por meio do aumento da jornada semanal máxima e da extinção do sistema diferenciado de férias, que lograva reduzir o direito ao descanso anual do trabalhador *part-time* quase à metade do que é reservado ao trabalhador a tempo completo.

Por seu turno, o contrato de trabalho intermitente foi inserido na sistemática regulatória brasileira como uma exceção ao requisito da não-eventualidade do vínculo empregatício. Legitimou-se, assim, a prestação subordinada e descontínua de serviços, com alternância de períodos de atividade e de inatividade.

Outra alteração de relevo levada a efeito pela Reforma Trabalhista brasileira refere-se ao regime especial de jornada caracterizado pela ativação consecutiva de 12 horas de trabalho seguida por 36 horas de descanso. O mencionado sistema, que se popularizou nas últimas décadas no país, sobretudo nas áreas hospitalar e de vigilância, por possibilitar o atendimento a demandas ininterruptas, calcou-se nos incisos XIII e XXVI do art. 7º da Constituição, e, à míngua de disposição legal específica, teve seus limites jurídicos desenvolvidos pela jurisprudência trabalhista.

Nesse ponto, a Lei 13.467/2017 alterou a lógica protetiva há muito consolidada no país e abriu à autonomia das partes contratantes a possibilidade de acordar a prática do regime, possibilidade esta mitigada com a vigência precária da MP 808/2017, que logrou restringir o acordo individual do regime apenas no âmbito do setor de saúde.

Seguindo na linha de abertura ao acordo individual, destaca-se a introdução do banco de horas limitado ao módulo semestral de compensação (art. 59, § 5º), permanecendo a anualidade, como visto, condicionada à deliberação coletiva. Ressalta-se, por fim, a nova possibilidade de acordo tácito de compensação mensal (§ 6º).

Essa tendência ampliativa dos regimes de compensação, particularmente aquele concebido sob a figura do banco de horas, não se alinha, entretanto com a realidade desse tipo de prática, tendo em vista a falta de controle sobre as horas trabalhadas a mais ou a menos e a dificuldade de se utilizar horas positivas, sob a alegação patronal de que não se pode ficar longe do trabalho por muito tempo pois a produção não pode parar (CARDOSO, 2009, apud RÁO, 2012).

Outra implicação importante da reforma trabalhista no aspecto temporal do trabalho reside nas chamadas horas de percurso (ou horas *in itinere*). A figura, desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente, e posteriormente positivada por meio da Lei 10.243/2001, consiste no cômputo na jornada de trabalho do período de trajeto entre a residência do empregado e o seu posto de trabalho, quando o empregador fornecer a condução e se tratar de local de difícil acesso ou não servido por transporte público. Tal situação, muito comum na área rural brasileira, teve a tutela jurídica solapada na nova redação do art. 58, § 2º, da CLT, retirando-se o cômputo do período de deslocamento na jornada do trabalhador. Como consequência, tem-se a majoração do tempo de sujeição em decorrência da atividade laboral a consequente redução dos tempos de não-trabalho, já onerados pela precária acessibilidade do posto de trabalho.

O teletrabalho foi outra inovação da Lei 13.467/2017. A prestação de serviços predominantemente fora das dependências do empregador e potenciada pela utilização de tecnologias de informação e de comunicação inseriu-se nas hipóteses de isenção de jornada (art. 62), ao lado dos trabalhadores externos e dos gestores.

Essa prática, que tem potencial para se tornar uma tendência nos grandes centros urbanos, por alinhar-se, sobretudo, às contingências ambientais e de tráfego, reclama um delineamento apurado da legislação trabalhista, haja vista os incontáveis desdobramentos fáticos que o teletrabalho é capaz de proporcionar, como a intensificação dos tempos de trabalho. A rigor, a exclusão dos teletrabalhadores do regime de proteção da jornada (isenção horária) e a extirpação das entidades sindicais na implementação desse sistema nas empresas contrapõem-se justamente a uma tutela jurídica adequada, concebida nos moldes do sistema de proteção e progressão social do trabalhador.

A concluir a sistematização dos desdobramentos da reforma trabalhista nos tempos de trabalho, a regulamentação do intervalo intrajornada (art. 71 da CLT), destinado ao repouso e à alimentação dos empregados, sofreu influxo diametralmente oposto ao que se delineava na jurisprudência brasileira. Ao passo que o entendimento dominante na Corte Superior Trabalhista onerava sobremodo o empregador que suprimisse ou reduzisse o período de descanso do trabalhador, a sistemática legislativa em vigor propõe um incentivo à redução e, mesmo, a não observância dos limites legais

pertinentes ao intervalo intrajornada, na medida em que propõe apenas a indenização do período estritamente suprimido do repouso legalmente previsto.

“Inusitadamente, [...] a Lei da Reforma Trabalhista buscou, ao máximo, dissociar as regras da duração do trabalho das regras de saúde e segurança do trabalhador e dentro do ambiente laborativo. E o fez tanto expressamente (parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017), quanto, indiretamente, mediante regras de ampliação da duração do trabalho obreiro sem as garantias e travas clássicas postas pela legislação trabalhista.” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1022–1023)

Não se pode concordar com essa separação tão incisiva entre jornada de trabalho e proteção à saúde laboral, tendo em vista a relação direta entre jornadas excessivas de trabalho e danos à saúde dos trabalhadores, que, por vezes, deságuam em doenças ocupacionais ou acidentes do trabalho, ainda que a jornada de trabalho não seja, de fato, a única causa desses fenômenos (SILVA, 2013, p. 100–101).

O cenário jurídico-laboral brasileiro passa por um momento de transição encarado com muita apreensão, porquanto não se sabe até aonde o discurso liberalizante que se busca afirmar é capaz de colher os frutos propagados, ou mesmo a que preço podem tais resultados ser atingidos. O diagnóstico não é dos mais animadores:

“Ao contrário daquilo verificado em grande vulto nos países centrais, a propósito do avanço do *part-time*, no Brasil o movimento se dá na direção da exacerbação da flexibilização do tempo de trabalho a partir da reapropriação dos domingos; da introdução das modulações anuais e das exitosas reformas nos sistemas de seguridade social, como mecanismos indiscutíveis que acabaram sobremaneira repercutindo no alongamento da jornada de trabalho, seja ele diário, semanal, anual e na escala do ciclo de vida.” (FREITAS, 2011, apud RÁO, 2012)

Em Portugal, conforme se acentuará, compadece-se de semelhante incerteza, guardadas as respectivas particularidades, em face da corrosão da segurança no emprego – anteriormente aportado em relações laborais estáveis e lineares –, aliada à frágil recuperação econômica.

2.2 A legislação portuguesa

Adotando-se um pequeno espectro evolutivo da legislação portuguesa, cumpre, de antemão, assinalar as profundas alterações propostas pela lei 21/96, pelo Código do Trabalho de 2003, seguido do de 2009, e, mais recentemente, pela revisão procedida pela Lei 23/2012. Esses diplomas exemplificam o endosso de Portugal ao movimento continental europeu de abertura do Direito do Trabalho a novas formas contratuais e à flexibilização daquelas outras anteriormente existentes (flexibilização externa e interna).

No plano da jornada de trabalho, a Lei 21/96 trouxe, em seu art. 1º, a redução da jornada semanal portuguesa, de 44h para 40h.

A redução da jornada de trabalho traduz-se em uma das maiores bandeiras dos movimentos operários desde os primórdios do Direito do Trabalho, no cenário pós-Revolução Industrial.

Depois de progressivas conquistas da classe trabalhadora ao longo do século XIX por meio da superação de padrões legais exploratórios que superavam as 12 horas diárias, o século XX, por sua vez, não testemunhou tamanha progressividade na matéria, não obstante todo o avanço tecnológico no período, haja vista o disposto na Lei 21/96 e o fato de que, já em 1919, a Convenção 1 da OIT estabelecia a jornada de 44h como modelo a ser seguido pelas nações signatárias.

A questão envolvendo a duração da jornada vem perdendo espaço na agenda sindical para dar lugar a preocupações retributivas ou mesmo a outros pleitos concernentes à segurança no emprego. Referidos tópicos mostram-se gradualmente sensibilizados, sobretudo, pela erosão dos postos de trabalho, pelo endividamento dos Estados e pela competitividade transnacional das empresas.

Não obstante o esfriamento dos ânimos em torno da redução da jornada de trabalho, verifica-se a tendência no ordenamento jurídico português, carreada pelas diretrizes comunitárias, de tornar o tempo de trabalho mais maleável, permeável às oscilações da demanda produtiva.

O regime de adaptabilidade, introduzido pelo Decreto-Lei 398/91, dá o tom dessa tendência normativa do Direito do Trabalho, a qual, frisa-se, não se restringe

ao âmbito português ou europeu, conforme se verá ao longo do trabalho, sobretudo com base no exemplo brasileiro.

Ao pressupor uma maior flexibilidade da organização do tempo de trabalho por comparação com o regime comum, em que a execução da atividade se processa em termos rígidos e uniformes ao longo dos dias e das semanas de trabalho, a distribuição do tempo de trabalho sob o regime de adaptabilidade pode variar diária e semanalmente, o que implica que, dentro de certos limites, o trabalhador pode prestar tempos de trabalho diferenciados em cada um daqueles períodos ou trabalhar um número variável de dias em cada semana (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 71).

Esse rearranjo do tempo de trabalho é enfatizado nos Códigos do Trabalho de 2003 e 2009, com a consolidação de figuras como o horário concentrado, isenção de horário, adaptabilidade individual e grupal, banco de horas, etc.

Em que pese o estágio estacionário dos limites de duração formal da jornada de trabalho – mesmo em face de regimes como a adaptabilidade e a compensação –, com o recrudescimento dos processos de flexibilização, os intervalos têm sofrido uma inflexão normativa sensível nos últimos anos, conforme se observa na reforma operada pela Lei 23/2012, a qual, dentre outras mudanças, permitiu a fruição do intervalo destinado ao descanso e à refeição após 6 horas consecutivas de trabalho, nos casos de prestação efetiva superior a 10 horas no dia. Chancelou-se, pois, a eliminação do segundo intervalo de descanso, anteriormente previsto (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 145).

Em uma abordagem muito criticável, a Lei 23/2012 promoveu uma série de modificações nas disposições do Código do Trabalho atinentes ao trabalho suplementar, dentre as quais, ressalta-se a revogação do direito ao descanso compensatório remunerado relativamente ao trabalho suplementar realizado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado. Destaca-se, ainda, a redução do valor do trabalho suplementar, pela diminuição da majoração retributiva (art. 268º) e pela supressão do descanso compensatório (art. 229º) (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 262). Além dessas, a revisão de 2012 operou a eliminação da majoração do período de férias em razão da assiduidade do empregado (art. 238º, 3), a

instituição de pontes de feriados compensáveis com a majoração do labor (art. 226º, 3, b)) ou o desconto correspondente no período de férias (arts. 226º, 3, g) e 242º, 2, b)), o recrudescimento da punição por falta injustificada em dia anterior ou posterior a dia de descanso ou feriado (art. 256º, 2).

Em um contexto de grave desemprego e de iniciativas legislativas como as apresentadas, cujo efeito prático correspondente ao encorajamento do empresariado ao recurso acentuado do trabalho suplementar, à incerteza e instabilidade dos períodos de trabalho e de não-trabalho, bem como a maior disponibilidade do trabalhador à atividade profissional, questiona-se se essa linha de ação institucional não corresponderia, em última medida, ao retrocesso das políticas econômicas voltadas ao restabelecimento de ocupações, das políticas sociais relacionadas à promoção da personalidade dos trabalhadores, e, por que não dizer, ao anacronismo do próprio ordenamento jurídico interno, notadamente quanto ao paradoxo entre a limitação da jornada e a pluralidade formas contratuais cada vez mais “maleáveis”, concebidas para suprir eventuais picos produtivos.

Com efeito, Francisco Liberal Fernandes (2012, p. 262) assevera que as alterações introduzidas pela última reforma laboral no que respeito ao trabalho suplementar são essencialmente de natureza patrimonial, visando a embaratecer a sua prestação.

Nesse contexto, a legislação internacional procura estabelecer parâmetros de interpretação jurídica e de conduta dos Estados Soberanos no que se refere ao tratamento das questões laborais internas. O exame desses parâmetros mínimos de proteção, somado ao estudo do direito comparado, permite um diagnóstico mais preciso do padrão de proteção que tem sido adotado hodiernamente.

3 A flexibilização dos tempos de trabalho nos sistemas jurídicos brasileiro e português sob o viés do Direito Comparado

A partir do fenômeno da flexibilização dos tempos de trabalho nas legislações brasileira e portuguesa, exsurge a emergência do estudo dos elementos comuns entre os referidos ordenamentos a fim de se buscar aperfeiçoar os mecanismos jurídicos existentes.

A análise que ora se propõe consubstancia-se na comparação estrutural entre os sistemas brasileiro e português. Como instrumental metodológico, verifica-se a relação estrutural analisando se é respeitada a relação de subordinação e correlação existente entre normas superiores e inferiores. Nesse expediente, precisam ser avaliadas, separadamente, as relações de subordinação e hierarquia normativa em cada sistema de Direito. Caracterizados os seus elementos componentes, passa-se identificar cada norma jurídica em cada instrumento jurídico vigente sobre a matéria em estudo, e então, revela-se a vigência e a validade normativa, unidade e coerência, de um sistema. Por fim, confrontam-se os resultados com os de outro sistema, determinando-se as semelhanças e diferenças entre a ordem ou estrutura de cada Direito (SERRANO, 2006, p. 101–103).

Com enfoque na normativa atinente à temática do tempo de trabalho e, especificamente, nos pontos de flexibilização inerentes, propõe-se, inicialmente, o exame das normas jurídicas fundamentais e das derivadas de caráter superior, ou seja, aquelas que dão, ou deveriam dar, concretude aos mandamentos constitucionais mediante o estabelecimento de normas de caráter geral e abstrato no campo de pesquisa delimitado, no caso, a CLT e o CT. Tal exposição se dará mediante a orientação tipológica das normas, com vistas a classificá-las em seções específicas, reunindo-as conforme determinada peculiaridade jurídica.

Esse enquadramento permitirá avaliação mais acurada da hierarquia e da coerência sistemática das disposições dentro de cada sistema, e, por fim, a confrontação de similitudes e distinções entre as estruturas jurídicas brasileira e portuguesa.

3.1 *O ordenamento jurídico brasileiro*

Apesar de a estrutura legislativa central das relações trabalhistas brasileiras datar de 1943 e haver precedido períodos políticos que desafiaram o Estado Democrático de Direito e a pretensão inclusiva do Direito do Trabalho, o país logrou prestar contas dos anos de turbacão totalitarista ao promulgar, em 1988, uma Constituição Federal de inspiração econômica capitalista, porém marcada pela preocupação com os direitos sociais, dispensando-lhes um capítulo no âmago do título relativo aos direitos e garantias fundamentais, além de prestigiar o valor social do trabalho e o primado da solidariedade como um dos alicerces da República Federativa do Brasil.

Tamanho o compromisso social firmado pela chamada Constituição Cidadã, que Canotilho e Krafft Kosta (2013, p. 83–86) chamam a atenção para as ocasionais dissintonias geradas entre a adoção de uma postura econômica moderadamente nacionalista, com tendências liberais e estatizantes e a prioridade outorgada aos direitos fundamentais com relação às demais matérias.

A adoção do capitalismo como orientação econômica pela Constituição Federal encontra equilíbrio no prestígio do trabalho e dos direitos sociais. O art. 1º, IV, do texto magno procura estabelecer em igual medida a valorização do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República.

Em seu artigo 6º, a Constituição Brasileira estabelece os contornos da tutela concernente aos direitos sociais, direcionando especial proteção aos direitos de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Para além do prestígio ao valor-trabalho, todos esses bens da vida estão, direta ou indiretamente, ligados às relações laborais, em especial, às questões afetas aos tempos de trabalho. Com efeito, não há como deixar de se vislumbrar ofensa à saúde, ao lazer e à maternidade, por exemplo, na hipótese de submissão do trabalhador a jornadas extenuantes, seja em função da realização habitual de sobrelabor, da supressão de

intervalos para descanso e alimentação ou pela intensificação dos ritmos da atividade. A relação é direta e inabalável.

Afora a disposição dos mandados de otimização contidos no art. 6º, a Constituição Federal Brasileira expressa, nos cinco artigos seguintes, com especial relevância ao 7º, uma série de regras pertinentes aos direitos fundamentais dos trabalhadores, ratificando, assim, o compromisso da nação com o valor social do trabalho (art. 1º, IV).

Reitera-se aqui a preocupação do constituinte quanto ao equilíbrio de forças no âmago do sistema capitalista adotado. Como contraponto, pois, ao extenso rol de direitos sociais, a Constituição destaca, especialmente no art. 170, tutela específica das relações produtivas, acentuando, por sua vez, o compromisso da ordem econômica, dentre outros, com a função social da propriedade, a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego (incisos III, VII e VIII).

Ressoa da referida norma a tutela de tempos normais de trabalho, seja resguardando a jornada diária de oito horas e semanal de 44, ou mesmo de 6 horas em turnos ininterruptos de revezamento (arts. 7º, XIII e XIV), seja por meio da salvaguarda de um repouso semanal remunerado (inciso XV) ou da “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (XVI). Não se releva a abertura dada pelo texto constitucional à autonomia negocial das partes, como expressão do disposto no inciso XXVI do referido art. 7º, para transacionar eventual redução ou compensação da jornada, nos termos da parte final dos incisos XIII e XIV, dentre outros benefícios de disponibilidade absoluta ou relativa.

Pode-se sustentar a existência de um direito fundamental à limitação da jornada de trabalho (SILVA, 2013, p. 42), sobretudo nos países de tradição romano-germânica, em razão da garantia de descansos necessários para a proteção dos direitos fundamentais à vida, à saúde, ao desenvolvimento da personalidade.

A microssistematização laboral erigida na Constituição de 1988 não se despreocupou de estabelecer mecanismos de efetivação prática dos comandos ali inseridos, a exemplo da consagração dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) e do princípio da vedação ao retrocesso social, na medida em que

garante expressamente os direitos fundamentais dos trabalhadores, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*).

A par disso, o estabelecimento de uma cláusula aberta relativamente aos direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal transpõe a rigidez constitucional para reconhecer direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico, aí incluídos os tratados internacionais aderidos pelo país.

Não obstante parte da doutrina questionar a fundamentalidade material dos direitos sociais, acompanha-se aqui a tese em sentido positivo carregada por nomes como Jorge Miranda e E. Krafft Kosta (2013, p. 85).³⁶

Tais garantias contêm, por essência, um apelo à desmercantilização do Direito do Trabalho. Nesse ponto, procurou o Constituinte resguardar o núcleo duro dos direitos fundamentais, notadamente as normas de proteção social do trabalho, de eventuais ingerências levadas a efeito pelos fatores reais de poder, na expressão notadamente cunhada por Ferdinand Lassale. Por assim dizer, em tese, o plexo normativo que conforma a rede de proteção da pessoa do trabalhador, e é responsável por garantir-lhe um patamar civilizatório mínimo, encontra-se incólume do jogo político-institucional baseado na barganha de direitos, por força dos instrumentos dos arts. 7º, *caput*, e 60, § 4º, IV, da Constituição Brasileira.

Nesse entender, mesmo normas infraconstitucionais podem ser concebidas como materialmente constitucionais, e receber a referida proteção jurídica, acaso promovam a observância do referido núcleo essencial de determinado direito fundamental laboral. Por conseguinte, não se toleraria a redução ou supressão de tal direito, mesmo com a chancela do Parlamento.

Como se disse, a par da tutela constitucional, as relações trabalhistas brasileiras submetem-se, no plano legal, ao pálio da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Sem prejuízo da regulamentação de situações específicas por normas esparsas, a Consolidação reflete, desde os idos de 1943, o espírito progressista do Direito do

³⁶ Sobre as dimensões material e formal dos direitos sociais, cf. Jorge Miranda (1998, p. 7, apud SILVA, 2013, p. 76).

Trabalho no Brasil, cristalizado no compromisso do Estado com a justiça social, fundada na centralidade do labor no domínio da cidadania.

Destaca-se que a CLT difere, em sua origem, do CT Português, na medida em que aquela não corresponde a uma codificação por essência, mas, efetivamente, à consolidação de legislações específicas, criadas em tempos e com objetivos distintos, tendo como laço unitário apenas a temática do Direito do Trabalho.

Não obstante, por questões didáticas e metodológicas, procurar-se-á sistematizar a regulamentação legal da duração do trabalho, tanto brasileira quanto portuguesa, em cinco tipologias, de forma a emprestar maior nitidez à comparação engendrada no presente trabalho. A distinção da natureza jurídica dos dois textos legislativos ordenadores das relações trabalhistas, acredita-se, não prejudicará que o enfoque, de um lado, à CLT, de 1943, e, de outro, ao CT, de 2009, guie-se pela catalogação das normas positivas, primeiramente, em um grupo mais conceitual – em que o legislador procurou estabelecer diretrizes gerais a nortear a interpretação e subsunção das demais disposições –, seguido de outro relativo à duração do trabalho em si – englobando regras acerca de registro de horário, limites e balizas à jornada –, assim como blocos acerca dos tempos de não-trabalho e, por fim, relativamente aos processos de flexibilização interna e externa.

Quase toda a normativa compreendida na CLT acerca do tempo de trabalho encontra-se elencada nos capítulos II, denominado “duração do trabalho” (arts. 57 a 75) e IV, acerca do direito a férias (arts. 129 a 153) do Título II – “Das normas gerais de tutela do trabalho”. Dentre os dispositivos “esparsos” ao longo do texto consolidado encontra-se a regulamentação do contrato de trabalho intermitente (arts. 443 e 452-A). Afora isso, destaca-se a dedicação de capítulo específico acerca de “disposições especiais sobre duração e condições de trabalho”, o qual, por reunir a normativa acerca do tempo de trabalho aplicável a diversas profissões, conforme suas particularidades, não será objeto de análise na presente pesquisa.

Seguindo a técnica legislativa predominante no Brasil, a CLT não traz em seu bojo quantidade substantiva de disposições conceituais acerca dos institutos regulados.

No contexto temporal, a norma do art. 4º, apesar de não constar do capítulo sobre duração do labor, fundamenta a compreensão jurídica acerca do tempo de trabalho. O dispositivo delimita o conceito de tempo de serviço efetivo, compreendendo aquele em que se encontra o obreiro à disposição do empregador, e, portanto, sujeito ao seu poder diretivo, ainda que apenas aguardando ordens, sem a concreta prestação de serviços pelo empregado.

Com base nisso, a doutrina costuma categorizar a jornada de trabalho como o período efetivamente trabalhado e à disposição (nos moldes do referido art. 4º), o tempo de deslocamento entre a residência do trabalhador e o seu posto de trabalho, em se tratando de local de difícil acesso (componente, no entanto, afastado pela reforma trabalhista) e os critérios especiais da prontidão e do sobreaviso (à luz do art. 244 da CLT e da Súmula 428, II, do TST), sem prejuízo da consideração de períodos de inatividade, incluídos, porém, no cômputo da jornada por ficção legal, como os intervalos remunerados (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1026).

No processo de flexibilização levado a efeito pela Lei 13.467/2017, verifica-se a tendência de restrição da noção de jornada, de modo a diminuir-se a inserção de tempos tidos classicamente como à disposição em face do empregador, como aqueles destinados a atividades preparatórias ao labor, como troca de uniforme (art. 4º, § 2º, da CLT), bem como as horas *in itinere* (art. 58, § 2º) (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1026). A implementação da figura do contrato de trabalho intermitente (arts. 443, *caput* e § 3º, 452-A a H, todos da CLT) constitui outro claro intento de diminuir a presença do tempo à disposição no conceito da duração do trabalho (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1029).

Seguindo a parte conceitual da regulamentação da duração do trabalho, extrai-se a indicação, no art. 57 da CLT, de incidência do referido capítulo II à generalidade das atividades laborais, excluídas as expressamente indicadas (a exemplo do art. 62) e as disposições especiais, previstas no Capítulo I do Título III. Trata-se de disposição que visa dar clareza hermenêutica ao plexo normativo em questão, não obstante a prescindibilidade de seu comando, à luz das regras de solução de antinomias jurídicas, em que se salvaguarda a aplicação de normas específicas em detrimento das gerais.

Os arts. 64 e 65 também podem ser categorizados no rol de normas conceituais, na medida em que propõem a forma de cálculo do valor do salário-hora do empregado mensalista e diarista, respectivamente.

Por fim, destaca-se a previsão, contida no art. 75, de penalidade pela não observância das normas atinentes à duração do trabalho. Aqui, o legislador outorgou certa margem de discricionariedade à autoridade fiscalizadora, estipulando valores mínimos e máximos a título de multa. Restou, assente, ainda, a possibilidade de dobra da referida punição em caso de reincidência.

No segundo grupo, atinente à tipologia da jornada de trabalho, ressaltam-se as disposições contidas nos arts. 58 e 74, concernentes à duração normal do trabalho e ao quadro demonstrativo de horários.

Fixa a CLT a duração máxima do trabalho em 8h por dia, em compatibilidade, pois, com a Constituição Federal. Além disso, dispõe sobre a figura dos minutos residuais, espécie de tolerância legal de cinco minutos, tanto na entrada como na saída, para o registro de horário do empregado. Em outras palavras, não se computa na jornada a diferença de até dez minutos por dia, para além ou aquém do horário contratualmente pactuado. O art. 58 da CLT exclui ainda do cômputo da jornada de trabalho do trabalhador a chamada hora de percurso, instituto cunhado pela jurisprudência há quarenta anos (Súmula 90 do TST, de 10/11/1978) para resguardar a razoabilidade da jornada de trabalho do empregado que presta serviços em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular. O entendimento então consagrado no sentido de que o tempo transcorrido no trajeto entre a residência e o posto de trabalho desse obreiro integra o cômputo de sua jornada restou superado pela Lei 13.467/2017.

O art. 74, por sua vez, estipula a afixação do quadro de horários dos empregados da empresa em local visível no respectivo estabelecimento. Prevê-se, ainda, a anotação dos horários em registro funcional dos trabalhadores, além de se fixar a obrigação do empregador com mais de dez empregados de realizar o registro diário da jornada efetivamente praticada pelos obreiros. Seguindo essa diretriz, a jurisprudência trabalhista pátria assentou o ônus da prova do empregador, na referida situação, acerca

da demonstração dos horários laborados, nos casos de controvérsia judicial acerca, principalmente, de diferenças de horas extras.

No Processo do Trabalho brasileiro, a Súmula 338 do TST tem guiado a distribuição do ônus da prova da jornada efetivamente laborada. Referida diretriz consagra inclusive a extirpação do chamado ponto britânico, negando qualquer validade aos registros de horário invariáveis.

A preocupação do legislador acerca da ampla divulgação dos horários de trabalho e da manutenção de registro inverossímil das jornadas tem por finalidade reduzir a assimetria de informações e, mesmo, de poder entre empregado e empregador na relação contratual de trabalho.

Com efeito, os tribunais trabalhistas têm considerado inválidos os regimes de compensação desprovidos de transparência, ou seja, praticados sem disposição regular de demonstrativo do saldo de horas do trabalhador.³⁷ Com efeito, sobretudo no caso da compensação individual, em que o sindicato é excluído da negociação, é comum os trabalhadores reclamarem da dificuldade de se obter um controle efetivo sobre o balanço das horas trabalhadas a mais e sobre as horas compensadas em tempo livre (RÁO, 2012).

Esse módulo mais pragmático da normativa do tempo de trabalho marca uma grande distinção entre os sistemas comparados. O caráter sintético das normas brasileiras relativas à jornada de trabalho distancia-se da realidade jurídica portuguesa por duas razões predominantes: as várias concessões outorgadas no ordenamento jurídico português acerca dos limites máximos de jornada (entidades sem fins lucrativos, trabalho acentuadamente intermitente ou de simples presença, trabalhador diretor, etc.), bem como o caráter analítico da Constituição Brasileira, notadamente no que toca aos direitos sociais e, particularmente, dos trabalhadores. A rigor, o art. 7º do texto constitucional dispõe expressamente sobre duração normal de jornada, diária e semanal, compensação e turnos ininterruptos de revezamento (incisos XIII e XIV).

³⁷ Nesse sentido, seguem os seguintes julgados do TST: RR-440-55.2012.5.04.0384, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/5/2017; ARR-793-28.2013.5.04.0007, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4/3/2016; ARR-104300-48.2009.5.04.0232, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/2/2016.

O terceiro grupo da classificação proposta compreende as normas regulamentares dos tempos de não-trabalho, ou seja, os descansos, inseridos na jornada de trabalho, entre jornadas, semanas e anos.

Compreende-se os descansos como os períodos, remunerados ou não, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação das energias e da inserção familiar, comunitária e política (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1115).

A CLT não estabelece uma ordem exatamente lógica no tratamento dos descansos, sobretudo por posicionar as férias em capítulo apartado do inerente à duração do trabalho, aonde reside o restante das disposições sobre repousos e intervalos. Na presente abordagem, no entanto, propor-se-á uma exposição conjunta de todos os preceitos análogos.

O intervalo intrajornada, dedicado à recuperação das energias do empregado, correspondendo a relevante instrumento de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviços (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018), está disposto no art. 71 da CLT como um repouso para alimentação e descanso entre 1h e 2h nas jornadas acima de 6h, ou 15 minutos, naquelas superiores a 4h por dia. Esse período não se computa na jornada de trabalho e, obviamente, não é remunerado.

Conforme se aduziu linhas atrás, a Lei 13.467/2017 intentou desvincular o intervalo, bem como toda a normativa em torno da duração do trabalho, de questões afeitas à saúde e segurança do trabalhador, à luz do parágrafo único do novo art. 611-B da CLT. Assim, a indisponibilidade absoluta que sempre acompanhou esses direitos principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 sofreu uma ofensiva política tendente a abrir à negociação coletiva maior protagonismo na delimitação de períodos alternativos de descanso, jornada, etc. Mesmo sem se propor qualquer alteração no panorama constitucional brasileiro, os Poderes Legislativo e Executivo engendraram uma “reforma trabalhista” autorizando as entidades sindicais a, por exemplo, reduzir o intervalo intrajornada mínimo a 30 minutos (art. 611-A, III, da CLT).

Por muito tempo, o TST fixou a indisponibilidade absoluta do período mínimo de descanso intrajornada do trabalhador, entendendo-se infensa a sua transação por negociação coletiva, a teor da Súmula 437, II. Sem prejuízo da mencionada abertura promovida pela Lei 13.467/2017³⁸, a OIT já advertira, nos fins da década de 80, acerca da necessidade de observância de intervalo mínimo de 30 minutos em uma jornada de 8h ou mais (CLERC, 1987, apud SILVA, 2013, p. 127–128).

Além dessa possibilidade de redução do intervalo intrajornada proposta pela alteração legislativa, continua prevista a atenuação do repouso pela autoridade executiva governamental nas hipóteses de disponibilização de refeitórios adequados aos empregados e ausência de submissão a jornadas suplementares (art. 71, § 3º).

Não respeitado o intervalo mínimo legal, convencional ou aquele autorizado por ato administrativo competente, mostra-se devido, além da multa administrativa, o pagamento do período suprimido, acrescido de 50%, em caráter indenizatório, portanto, não salarial (art. 71, § 4º). Trata-se aqui de outra relevante alteração promovida pela Lei 13.467/2017, haja vista o entendimento calcado na redação anterior do dispositivo consoante ao pagamento integral de todo o período correspondente ao intervalo, como hora extra ficta, em caráter salarial, portanto, a repercutir sobre as demais parcelas remuneratórias.³⁹

Outra novidade, proposta, no entanto, pela Lei 13.103/2015, refere-se à possibilidade fracionamento e redução do intervalo intrajornada dos motoristas profissionais e demais profissionais da categoria rodoviária, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 71, § 5º). Dada a peculiaridade da atividade, compreende-se a razoabilidade da abertura à negociação pelos entes sindicais. O que não se endossa é a inserção do referido dispositivo no capítulo geral sobre duração do trabalho, e não, em seção própria, dedicada às atividades específicas (Capítulo I do Título III da CLT).

³⁸ A propósito, o Tribunal Superior do Trabalho, enquanto instância uniformizadora do entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho, deverá, por dever institucional, pronunciar-se sobre a pertinência dos seus enunciados à nova ordem legal proposta e, consequentemente, sobre a constitucionalidade de muitas das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017.

³⁹ Essa era a orientação contida na Súmula 437, I e III, do TST.

No mesmo sentido, não denota rigor técnico legislativo a localização do disposto no art. 72 da CLT. Apesar disso, a previsão de repouso de dez minutos a cada noventa trabalhados nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo) evidencia a relação entre períodos de não-trabalho e normas de saúde e segurança, dada a necessidade de recomposição física e mental do empregado no interior da jornada, sobretudo em atividades caracterizadas pela maior intensificação do trabalho.

O art. 66 da CLT estabelece, por sua vez, o direito à fruição de intervalo de, no mínimo, 11h entre duas jornadas de trabalho. Trata-se de lapso temporal também responsável pelo restabelecimento das energias do empregado, assim como, a rigor, todos os demais períodos de descanso, contudo, dotado de maior finalidade social e política que o intervalo intrajornada. Apesar de não se negar a dimensão multifacetada do repouso para alimentação e descanso, compreende-se a relação diretamente proporcional entre a duração do descanso e a interação interpessoal, política e cultural do trabalhador.

“[E]sse tipo de intervalo mais amplo, na verdade, é que permite ao trabalhador a assunção de outros fundamentais papéis cotidianos além daquele concernente ao ser econômico que desempenha no âmbito da relação empregatícia. Sem tal tipo de intervalo mais largo no tempo, é inviável falar-se no trabalhador enquanto ser familiar (pai, mãe, filho/filha, irmão/irmã), ser social (partícipe de seus problemas e anseios comunitários), ser político (sujeito das decisões políticas em sua sociedade e Estado); é inviável falar-se, em suma, no trabalhador como ser humano completo, inclusive como cidadão.” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1124)

Sua inobservância implica falta administrativa, a atrair a penalidade contida no art. 75 da CLT além do dever de remuneração, como extra, do período respectivamente laborado, à luz da Orientação Jurisprudencial 355 da SBDI-1 do TST.

Nesse contexto, também está consagrado no texto consolidado o descanso semanal, este remunerado, e com duração de 24 horas contínuas e ininterruptas. Na linha do disposto no art. 7º, XV, da Constituição, o art. 67 da CLT consagra a tradição de fruição do descanso semanal aos domingos, excetuando as atividades que demandam funcionamento nesses dias, seja por motivo de força maior (art. 8º, “a”, do Decreto 27.048/49), conveniência pública ou necessidade imperiosa do

serviço (arts. 67, *caput*, e 68 da CLT), condicionado tal funcionamento a permissão prévia do poder público.

O descumprimento do descanso semanal remunerado compreende falta administrativa e submete-se à incidência dos arts. 13 e 14 da Lei 605/49, além implicar o pagamento em dobro do respectivo período, sem prejuízo da remuneração e da fruição efetiva do repouso, dada a indisponibilidade do direito e da imperativa das normas regentes, nos termos da Súmula 146 do TST. Esse pagamento em dobro pode ser abonado, no entanto, em caso de folga compensatória em outro dia da semana, desde que não ultrapassada a periodicidade semanal que caracteriza o direito, à luz das Orientações Jurisprudenciais 93 e 410 da SBDI-1 do TST (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1141).

O mesmo tratamento recebem os feriados legalmente previstos.

Relativamente às férias, a CLT regulamenta a previsão contida no art. 7º, XVII, da Constituição Federal ao estabelecer o direito a 30 dias de descanso anualmente pelo trabalhador. À semelhança do que ocorre no CT português, tal regulamentação caracteriza-se pela minudência dos aspectos formais e pragmáticos que envolvem a parcela, como retribuições, prazos e registros.

O direito às férias corresponde a uma conquista da classe trabalhadora no sentido de salvaguardar, além da recuperação e da implementação das energias do empregado, a sua inserção familiar, comunitária e política, à luz do disposto na Recomendação 47 da OIT, de 1936. Nesse contexto, a concepção do período de férias como tempo cujo único sentido seja a reposição de energias para a retomada da prestação laboral supõe reduzir a pessoa do trabalhador a um mero fator de produção, negando sua liberdade durante aquele período (SILVA, 2013, p. 145, citando sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC 192/2003).

Além disso, acresce-se a importância econômica crescente das férias, uma vez que respondem pela promoção de intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1151).

Dentre os arts. 129 e 145, a CLT estabelece o regime jurídico das férias. Em síntese, condiciona a sua fruição plena à assiduidade do empregado, mediante tabela regressiva, que termina por extirpar qualquer direito de descanso em caso de ausências injustificadas superiores a 32 dias no ano. Reserva a época de gozo ao interesse do empregador, ao mesmo tempo em que assegura o seu pagamento em dobro em caso de inobservância do período concessivo máximo, de doze meses, e de pagamento extemporâneo. Veda-se a prestação de serviços a outro empregador durante o exercício do direito de férias. Por fim, extrai-se do plexo normativo respectivo a possibilidade de transação parcial das férias pelas partes, hipótese em que o empregado pode literalmente “vender” um terço do período a que tem direito, assegurado o adicional de 1/3, previsto constitucionalmente.

O óbice à contração de pluriemprego na ocasião do período concessivo decorre do dever de fruição das férias, oriundo do art. 138 da CLT, e encontra ressonância no art. 13 da Convenção 132 da OIT, importante norma instituidora de parâmetros mínimos de proteção do referido direito. No entanto, observa-se a sua inaplicabilidade nas relações trabalhistas brasileiras, haja vista a maior progressividade do direito interno nesse particular.

Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1154) explicita o respectivo conflito de fontes:

“[A]s poucas regras efetivamente favoráveis que a Convenção 132 ostenta (exclusão dos feriados do cômputo do prazo de férias e pagamento da parcela proporcional em qualquer situação rescisória), em contraponto ao Capítulo IV do Título II da CLT (arts. 129 a 153), não lhe deferem o status de diploma normativo superior, se adotado o critério do conglobamento para exame da hierarquia normativa no presente caso. Apenas se adotado o critério da acumulação, cientificamente menos consistente, conforme se sabe, é que se poderia coletar, de maneira tópica e localizada, os poucos dispositivos mais favoráveis, fazendo-os prevalecer na ordem jurídica pátria. Não é o que sugere, porém, a teoria de hierarquia de normas jurídicas, que vigora no Direito do Trabalho.”

Relativamente ao abono pecuniário de férias, com esboço na doutrina de Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1181), diverge-se do entendimento jurisprudencial acerca da compatibilidade do texto do art. 143 da CLT com a Constituição Federal, haja

vista a inegável essência protetiva do direito às férias relativamente a aspectos ligados à saúde física e psíquica do trabalhador, ao desenvolvimento de sua cidadania, à promoção da integração familiar e do lazer. A consideração da indisponibilidade meramente relativa desse direito vilipendia referidos valores, expressamente consagrados no texto constitucional.

Mais acintosa se mostra a possibilidade de transação coletiva da referida parcela, nos casos de férias coletivas (art. 143, § 2º). Ainda que não se desconsidere o caráter imperativo das normas de regência, bem como a indisponibilidade do direito às férias (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1155), entende-se aqui que o respectivo abono pecuniário deve ser encarado como direito de caráter personalíssimo, alheio, pois, à esfera de competência negocial dos entes coletivos.

Não obstante a lógica imanente no sistema justralhista brasileiro de privilegiar a negociação coletiva em detrimento da individual em questões envolvendo direitos de disponibilidade mais restrita, a natureza potestativa do direito em questão, alinhada aos impactos das férias em questões de saúde e segurança do trabalhador, suscita aplicação inversa, na linha de entendimento carreada por Liberal Fernandes (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 117), no contexto jurídico português, no sentido de que deve ser resguardado um núcleo mínimo ou essencial da liberdade individual sempre que as negociações coletivas permitam alterações permanentes e substanciais ao sinalagma contratual celebrado, com repercussões negativas sérias na vida pessoal e familiar do trabalhador. Nesse sentido, ainda, o voto divergente do Conselheiro João Cura Mariano, no acórdão 338/10 (Processo 175/09), em que se propõe que a autolimitação pelos trabalhadores afetados se aperfeiçoe mediante um “acto pessoal dos titulares desses direitos, não tendo as associações sindicais legitimidade para a sua prática”.

Mais uma vez, verifica-se maior detalhamento do sistema legal português na regulação dos períodos de descanso. Embora se verifiquem referências temporais harmônicas entre os dois ordenamentos, distingue-se o CT por abarcar um conjunto maior de consequências jurídicas atinentes aos períodos de descanso – como a possibilidade de negociação do repouso semanal complementar e a vedação à incorporação do descanso semanal obrigatório ao complementar –, bem como por decorrência das concessões flexibilizatórias – por exemplo, a dispensa do intervalo

interjornadas ao trabalhador isento de horário ou em decorrência da prestação de trabalho suplementar motivado por força maior ou necessidade de continuidade do serviço.

No bojo das normas atinentes à flexibilização interna do contrato de trabalho, ou endocontratual, a CLT também se afigura mais sintética em comparação à sistemática legal portuguesa, restringindo basicamente o seu espectro às horas extras e aos regimes de compensação, incluídos no gênero o sistema de jornada 12x36 e o banco de horas. Destaca-se do referido bloco, ainda, a exclusão expressa de determinadas funções do rol de proteção do capítulo relativo à duração da jornada (direção com poder de mando e gestão, trabalho eminentemente externo e teletrabalhado) e a regulamentação do trabalho noturno, que não se trata de figura flexibilizatória propriamente, porém, caracteriza-se pela constante interação com os referidos elementos.

Não se divisa, ainda, de incluir nesse rol as figuras da prontidão, do sobreaviso e dos turnos ininterruptos de revezamento, as quais, não obstante a ausência de regulamentação legal genérica na CLT, passaram a receber conformação jurídica em decorrência do trabalho hermenêutico da jurisprudência.

O art. 59 da CLT dá o tom da flexibilização da jornada de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Em complemento às diretrizes fixadas na Constituição Federal, por vezes literalmente repetindo o texto magno, o dispositivo delineia os limites aplicáveis à sobrejornada diária e aos regimes de compensação admitidos no Direito Brasileiro.

Com efeito, estabelece-se em 2 horas a quantidade máxima de sobrelabor diário, cuja negociação decorre de ampla liberdade dos interessados, individual ou coletivamente considerados. A nova redação do parágrafo primeiro do art. 59 da CLT procurou superar a incompatibilidade do texto do dispositivo a respeito do adicional retributivo mínimo da hora extra, anteriormente fixado em 20%, e atualizado ao importe de 50% do salário-hora, de forma idêntica ao disposto no art. 7º, XVI, da Constituição. Nesse ponto, entende-se que a alteração promovida pela Lei 13. 467/2017 pecou pelo excesso, porquanto mais coerente seria a revogação do referido parágrafo.

Relativamente ao sobrelabor, controvertia-se, ainda no alvorecer da Constituição Cidadã, sobre a natureza jurídica da figura e, consequentemente, a compatibilidade entre as figuras das jornadas suplementar e extraordinária, compreendida aquela como medida recorrente e corriqueira, e esta, como recurso excepcional, para atendimento de demanda inesperada ou não previsível. O regime constitucional anterior admitia as duas modalidades, inclusive mediante acordo bilateral dos contratantes. Em corroboração, os arts. 59 e 61 da CLT traziam especificamente a previsão, de um lado, da prestação de jornada suplementar e, de outro, de sobrelabor por necessidade imperiosa do serviço, respectivamente. Em aparente oposição, a Constituição Federal de 1988 passou a dispor apenas sobre “serviço extraordinário”.

Sem embargos da corrente que advoga a recepção do sobrelabor suplementar restrito ao regime de compensação de jornada, consolidou-se o entendimento de que o recurso à sobrejornada ainda se faz possível em caráter habitual, sem que se necessite cogitar de excepcionalismos ou imprevisibilidades. Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1085) entende que esse entendimento restou corroborado na nova redação emprestada ao *caput* do art. 59 da CLT, pela Lei 13.467/2017, a qual passou a comportar a expressão “horas extras”, no lugar de “horas suplementares”, concebendo-se, portanto, a interpretação do sobrelabor em seu sentido genérico.

O art. 61 dispõe a respeito do sobretrabalho eminentemente extraordinário, ou seja, aquele motivado por necessidade imperiosa do serviço – conceito que compreende as hipóteses de força maior e de atendimento a serviços inadiáveis ou aqueles cuja inexecução possa causar prejuízo manifesto – ou para reposição de paralisações empresariais. Essa norma detinha maior relevância prática anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, porquanto se tornava clara a distinção entre horas suplementares e extraordinárias, sobretudo pela exclusão do adicional retributivo ao labor prestado sob estas condições.

Rechaçado o pagamento simples das horas extras *stricto sensu* por força do art. 7º, XVI, da CF/88, vislumbra-se mantida a relevância do art. 61 da CLT naquilo que toca aos limites de sobrelabor, por evidenciar exceção à regra geral contida no *caput* do art. 59, salvo no que se refere à ativação extraordinária por interrupção do trabalho (§ 3º), haja vista a mera repetição do limite agregado de 10h diárias.

Especificamente quanto ao labor motivado por força maior, em que não se impõe limite temporal, e aqueles decorrentes de serviços inadiáveis, nos quais se convencionou limitar em 12 horas diárias, tem-se alguma utilidade na distinção legal entre as horas suplementares do art. 59 e as extraordinárias, previstas no art. 61. Tais exceções à regra geral de limitação do sobrelabor em 2h por dia compreendem previsão razoável, em razão da natureza e da excepcionalidade do serviço em questão, a qual, nem de perto, se compatibiliza com os 45 dias anuais previstos no § 3º do multicitado art. 61.

Afinal, mesmo nos casos de ausência de limite legal,

“a sobrejornada não pode se extremar, atingindo aquilo que resulte em desrespeito à sensatez, à racionalidade, à razoabilidade e proporcionalidade, além do próprio respeito à higidez física e mental do prestador de serviços. Portanto há limites a esse tipo de sobretrabalho, conferidos por uma conjugação lógica de princípios gerais do Direito, inclusive da Constituição”. (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1099)

Em todo caso, não observado o limite previsto ao sobrelabor, recai sobre o empregador a penalidade genericamente prevista no art. 75 da CLT, sem prejuízo da remuneração do período laborado, majorada pelo respectivo adicional, nos termos da teoria trabalhista das nulidades, que não desconhece, por sua vez, a impossibilidade de restituição da força de trabalho despendida pelo obreiro.

Nesse contexto flexibilizatório endocontratual dos tempos de trabalho, é preciso destacar três figuras que refogem ao capítulo inerente à regulamentação da duração do trabalho, a saber, prontidão, sobreaviso e turnos ininterruptos de revezamento.

A prontidão e o sobreaviso estão compreendidos no art. 244 da CLT, na seção relativa ao serviço ferroviário. Concebidos para viabilizar períodos de plantão dos empregados que permaneciam, mesmo fora da respectiva jornada de trabalho, aguardando chamado da empresa para eventual reparo no serviço. Distinguem-se as duas modalidades pela permanência, no caso da prontidão, do trabalhador nas instalações da companhia; no caso do sobreaviso, o obreiro aguardava o contato, normalmente via telefone, em sua residência ou em local conhecido do empregador.

Por evidenciar maior comprometimento dos períodos de não trabalho, a prontidão recebe adicional retributivo à razão de 2/3 do salário-hora normal e sujeita o trabalhador a uma escala máxima de 12h. Por sua vez, o sobreaviso é acompanhado de adicional de 1/3 sobre o salário-hora (§§ 2º e 3º) e escala limitada a 24h. Por interpretação analógica, a jurisprudência passou a estender a figura do sobreaviso a outras atividades, quando evidenciada a sujeição do empregado a convocações eventuais de seu empregador, à luz da Súmula 428 do TST.

Não obstante a nítida restrição aos períodos de não-trabalho, doutrina e jurisprudência majoritárias não classificam a prontidão e o sobreaviso como tempo à disposição do empregador, à luz do conceito do art. 4º da CLT, não os computando na jornada de trabalho e na remuneração do empregado. Trata-se de uma espécie de integração especial, fracionada, dotada de menor peso jurídico. (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1033)

No contexto europeu, o Tribunal de Justiça Comunitário, seguindo a mera dicotomia tempo de trabalho/descanso, reconheceu que

“[...] no âmbito de uma permanência que um médico efectua no próprio local de trabalho, os períodos durante os quais aguarda por um trabalho efectivo devem ser qualificados na íntegra como tempo de trabalho e, se for caso disso, como horas extraordinárias, na acepção das Directivas 93/104 e 2003/88, a fim de garantir o respeito de todas as prescrições mínimas em matéria de duração do trabalho e de descanso dos trabalhadores assalariados impostas por essas directivas e destinadas a proteger de forma eficaz a segurança e a saúde dos trabalhadores.” (Processo C-437/05, acórdão de 11/1/2007)

Por outro lado, nos serviços de atenção continuada e de alerta localizada, a jurisprudência comunitária tem considerado os períodos de plantão como tempo de descanso, exceto os momentos de exercício efetivo (SILVA, 2013, p. 107).⁴⁰

Questão de grande repercussão e controvérsia nos tribunais trabalhistas brasileiros refere-se à comunicação habitual extrajornada entre empregado e empregador. Tal situação, potencializada pelo dinamismo dos meios de comunicação,

⁴⁰; Nesse sentido, ainda, consultar os seguintes acórdãos do TJUE: SIMAP, C-303/98, de 3/10/2000, CIG, C-241/99, de 3/7/2001 e Jaeger, C-151/02, de 9/9/2002.

sobretudo os multifacetados *smartphones*, que viabilizam a conexão quase ininterrupta do trabalhador à empresa. Nesse contexto, costuma-se perquirir acerca das consequências jurídicas e limites razoáveis desse contato. Ou seja, se a habitualidade configura sobreaviso, tempo efetivo ou à disposição, bem como se se trata de ilícito a se resolver pelas regras da responsabilidade civil.

O “estado da arte” retrata a tendência da jurisprudência de tratar como tempo efetivo de trabalho a convocação para prestação de serviços via instrumentos telemáticos, conferindo direito ao adicional de horas extras, se excedente da jornada de trabalho⁴¹, e, eventualmente, diferenças a título de supressão de intervalo interjornadas. Por outro lado, tem-se considerado configurada a prática de assédio moral a realização de contatos constantes, mesmo que para resolução de questões exclusivamente profissionais, dando ensejo a reparação civil por dano imaterial.⁴²

Nesse ponto, não se deve perder de vista que, sempre que o trabalhador for chamado ao trabalho nos períodos de descanso, faltará um dos requisitos mais importantes que caracterizam os períodos de descanso diário e semanal, a respectiva fruição consecutiva, ininterrupta (SILVA, 2013, p. 114).

Por sua vez, os turnos ininterruptos de revezamento, previstos no art. 7º, XIV, da Constituição Federal, não encontram previsão legal específica, salvo os poucos dispositivos a abordar situações profissionais específicas. A única regra geral atinente à figura situava-se no art. 73 da CLT, que preceituava a exclusão do direito ao adicional noturno aos trabalhadores submetidos a turnos de revezamento. Tal disposição não foi recepcionada pelas Constituições que lhe sucederam.

Nesse sentido, a jurisprudência se encarregou de estabelecer os contornos jurídicos da figura, assentando o entendimento de que a proteção especial outorgada constitucionalmente, ao privilegiar jornada de trabalho reduzida, destina-se aos trabalhadores que se ativam em turnos alternados de trabalho, desde que tal alternância (semanal, mensal, trimestral etc.) permeie preponderantemente os turnos do dia e da noite, nos termos da Orientação Jurisprudencial 360 da SBDI-1 do TST (DELGADO,

⁴¹ Cf. processo TST-AIRR - 475-86.2014.5.04.0661, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017.

⁴² Cf. processo TST-AIRR - 2058-43.2012.5.02.0464, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017.

MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1070). Assegura-se aos trabalhadores nesse sistema o adicional noturno e a hora ficta noturna, nos termos do art. 73, § 1º, quando ativados em período noturno (OJ 395), a fruição dos intervalos intra e interjornadas (Súmulas 110 e 360).

Com efeito, a qualificação em turnos “ininterruptos” – entendidos, justamente como a prestação nas distintas fases do dia, ainda que parcialmente – congrega o “máximo de adversidades características do trabalho em revezamento” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1077). Independentemente da atividade produtiva da empresa, se ininterrupta ou não, “do ponto de vista do trabalhador, quando submetido à rotina do trabalho, ele ingressa num círculo ininterrupto de revezamento, que atinge as diversas fases do dia e da noite” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1071).

Cumprе esclarecer que o comando constitucional relativamente aos turnos ininterruptos de revezamento outorgou aos entes sindicais a possibilidade de majorar o limite diário de trabalho ali estabelecido. A jurisprudência trabalhista, por seu turno, estabeleceu, nos termos da Súmula 423 do TST, o limite de 8 horas à referida transação, tendo em vista o imanente prejuízo à saúde do trabalhador em decorrência da alternância do sistema.

Desse modo, a ausência das modalidades reativas ao sobreaviso, à prontidão e aos turnos ininterruptos de revezamento do rol de normas sobre duração do trabalho no diploma consolidado não prejudica a sua interpretação sistemática à luz, principalmente, das normas de proteção à saúde e segurança do trabalho, que conferem tutela especial ao referido grupo.

De volta ao Capítulo II do Título II da CLT, no que concerne ao regime de compensação de jornada, os §§ 2º a 6º do art. 59 da CLT vêm complementar o disposto no art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Não obstante toda a controvérsia envolvendo a respectiva constitucionalidade material, permite-se, por meio da figura, a alocação de mão de obra em jornada superior aos limites normativos (8 horas diárias e 44 semanais) mediante a compensação do sobrelabor em redução equivalente da jornada em outra ocasião.

No Brasil, há pelo menos 40 anos, a matéria envolvendo o sistema de compensação de jornada e o banco de horas encontra-se envolta de fortes controvérsias jurídicas e políticas, sobretudo em razão da amplitude em que se propagou nas relações subordinadas de trabalho.

Muito embora a possibilidade de compensação de jornada encontrar previsão no art. 59, § 2º, da CLT desde a sua promulgação, nos idos de 1943, data de 1978 a primeira orientação jurisprudencial do TST em torno do tema, a Súmula 85, que passou a se consolidar como o principal elemento de interpretação e concretização do referido regime.

Segundo a previsão legal, dispensava-se o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia fosse compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira a não exceder o limite máximo diário (10 horas, consubstanciado na jornada normal diária acrescida de 2 horas, referentes à sobrejornada legalmente prevista) e a jornada normal semanal (44 horas).

O estabelecimento de balizas interpretativas restou a cargo da jurisprudência, a exemplo da limitação da adoção do banco de horas somente por negociação coletiva de trabalho, sobretudo a partir da promulgação da Lei 9.601/98 e da Medida Provisória 2.164-41/2001, que lograram ampliar o módulo compensatório, que originalmente compunha a semana de trabalho, e posteriormente passou a abranger o período de 120 dias e, por fim, um ano, no curso da onda política flexibilizatória do período abrangente entre o fim dos anos 1990 e início dos anos 2000.

Contudo, a reforma trabalhista brasileira, operada por força da Lei 13.467/2017, logrou impor, nesse ponto específico, a reversão de uma série de orientações construídas paulatinamente pela jurisprudência no país, como a relativização da presença do ente representativo na negociação do banco de horas.

Ao já consolidado banco de horas, compreendido pela negociação coletiva de compensação de sobrelabor diário de até 10 horas, em módulo anual, passou-se a estender as formas de negociação do regime de compensação, passando-se a prever a sua pactuação meramente individual sob o módulo semestral. Mais ainda,

tornou-se possível, a partir de 11/11/2017, a ativação tácita no sistema compensatório de moldura semanal.

Como enfatizado anteriormente, a nova sistemática implementada intenta afastar, por mera ficção jurídica, a ligação das disposições inerentes à jornada de trabalho da categoria de normas de saúde e segurança no trabalho, além de se contrapor à orientação até então consolidada na jurisprudência consoante à indisponibilidade relativa da pactuação relativa à compensação sob módulo superior ao semanal, em decorrência do imanente caráter deletério do sistema ao trabalhador. Em que pese a defesa, por parte da doutrina (por todos, DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1052), acerca do caráter benéfico do regime de compensação mensal⁴³, o entendimento consolidado pelo TST afastava validade jurídica ao acordo individual de compensação superior ao parâmetro semanal, na linha da orientação contida na referida Súmula 85 daquela Corte.⁴⁴

A maleabilidade dos limites de jornada em termos médios, cada vez mais alargados, expõe o lado mais sombrio da flexibilização oriunda da reestruturação produtiva neoliberal. Trata-se de comprometimento grave da maior conquista histórica dos trabalhadores, resumida na duração padrão de labor ostentada na Convenção 1 da OIT e na Constituição Federal (art. 7º, XIII e XIV), seja em face do contrato de trabalho típico, por tempo indeterminado – porquanto se desconsidera a contraprestação majorada típica do trabalho suplementar, ainda que eventualmente incidente sobre repouso correspondente –, ou, mais acentuadamente, em contratos a termo – uma vez que “um obreiro vinculado a contrato de experiência ou relação empregatícia de poucos meses pode jamais se ver submetido à efetiva duração diária, semanal ou mensal de trabalho que lhe foi assegurada pelo texto máximo” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1070). Por outras palavras, o módulo temporário da proteção à saúde laboral escolhido pelo legislador, o ano, é inadequado, considerando-se o alto percentual de trabalhadores que não reúne de forma continuada um ano de serviço na empresa (TRILLO PÁRRAGA, 2010, p. 168, apud SILVA, 2013, p. 122).

⁴³ Cumpre destacar a posição do autor em sentido contrário no que se refere aos padrões temporais superiores a trinta dias.

⁴⁴ Nesse sentido: TST-RR-982-83.2012.5.02.0431, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2016.

Tal distorção se reproduz em igual dimensão no que toca ao regime de jornada 12x36, a seguir analisado, e que reproduz dinâmica laborativa deveras restritiva do tempo de não-trabalho diário do empregado.

A inserção do art. 59-A na CLT pela Lei 13.467/2017 e sua pronta alteração pela MP 808 do mesmo ano, também afigurou relevante inovação ao ordenamento jurídico, porquanto positivou o mencionado sistema de jornada 12x36, outorgando maior segurança jurídica a essa recorrente figura.

Passou-se a possibilitar a adoção do regime por mero acordo individual, conforme os termos do § 2º do art. 59-A da CLT. Nesse ponto, o recuo legislativo operado pela referida Medida Provisória, no sentido de restringir a transação individual ao setor da saúde, perdeu vigência com a decadência da medida, em 23/4/2018.

Destaque, ainda, para a superação da orientação expressa na Súmula 444 do TST consoante à compensação e à remuneração automática dos descansos semanais, feriados e prorrogações do trabalho noturno, tal como preceituado na Lei da reforma.

Por outro lado, a Lei 13.467/2017 manteve o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 85, III, do TST referente às consequências pelo não atendimento do acordo de compensação, ou seja, pela inobservância quanto à forma negocial prevista para o regime, à ciência das partes quanto aos respectivos termos, ao respeito aos módulos temporais compensatórios, etc. Positivou-se, pois, a proibição de repetição do pagamento das horas que superarem o limite de duração normal de trabalho diária, mantendo-se, assim, a determinação de retribuição restrita ao adicional das horas extras, desde que respeitado o limite semanal (art. 59-B, *caput*, CLT).

A novidade se extrai do parágrafo único do referido dispositivo, em que se passou a permitir a coexistência do sobrelabor habitual com regime de compensação ou banco de horas. Não se divisa o quão precarizante tal situação se mostra à higidez física e psíquica do empregado, à previsibilidade que se espera da jornada de trabalho, à interação familiar e social do trabalhador (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 107–108), enfim, a toda gama de valores que a orientação contida no item IV da Súmula 85 do TST procurava resguardar ao considerar descaracterizado o acordo de compensação em face da prestação de horas extras habituais.

A reforma trabalhista operada no Brasil acompanhou nesse ponto o que se tem vigente em Portugal no tocante à prática concomitante de instrumentos flexibilizatórios da jornada. Tem-se aqui um exemplo paradigmático da ofensiva desestruturante dos tempos de não-trabalho do empregado.

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 176) destaca, ainda, a dificuldade de operacionalização das regras inerentes às horas extras, haja vista que, considerando-se a duração máxima da jornada ordinária como referência utilizada para a consideração das horas extras, quanto maior a amplitude do módulo utilizado para a jornada ordinária, maior a dificuldade de determinação do que se entende por horas extras.

A imposição de autorização prévia da autoridade governamental a respeito da prestação de sobrelabor em atividade insalubre permanece em voga no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 62, por sua vez, consagra norma exceptiva, porquanto exclui do regime jurídico relativo à duração legal do trabalho determinadas atividades em função de peculiaridades incompatíveis com a incolumidade do controle de jornada. Destaca o referido artigo que estão excluídos do disposto no capítulo referente à jornada os trabalhadores eminentemente externos (compreendidos pela inviabilidade do controle temporal patronal), os diretores, administradores e afins, desde que detentores de poderes de mando e gestão e remunerados com adicional superior a 40% do salário efetivo, e, por fim, os teletrabalhadores.

Quanto aos exercentes de postos com encargos de gestão,

“o suposto legal é que tais trabalhadores, por estarem investidos de parcela significativa do próprio poder empregatício, não se submeteriam, logicamente, a estrito controle de horários, sob pena de isso até mesmo inviabilizar o exercício precípua de sua função de poder perante os demais trabalhadores”. (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1066)

O teletrabalho, por sua vez, por se tratar de prática ainda embrionária nas relações trabalhistas brasileiras, encontra um cenário controvertido em torno da categorização proposta pela Lei 13.467/2017. Vislumbram-se pelo menos dois sinais interpretativos evidentes no que se refere à exclusão efetiva das normas relativas à

duração de jornada: um, a salvaguardar pragmaticamente a isenção de horários do teletrabalhador clássico (tal como o conceituado no art. 75-B da CLT), e outro, a condicionar a exclusão do regime legal de jornada à efetiva impossibilidade de controle do horário de trabalho por parte do empregador, na mesma linha do que já se aplica à definição do trabalho externo (art. 62, I). Esta última tese, defendida por Maurício Godinho Delgado (2018), afigura-se mais sintonizada com os princípios comezinhos do Direito do Trabalho. O autor destaca que a positivação da atividade confere mera presunção legal de isenção de horário, admitindo-se prova do efetivo controle.

A *contrario sensu*, premente a inconstitucionalidade do inciso III do referido dispositivo, porquanto a eventual submissão a controle horário por meios telemáticos não autorizaria a exclusão dos limites de jornada assegurados no art. 7º, XIII e XIV, da CF. Assim, não estaria a norma inserta na reforma trabalhista mais do que a repetir a disposição atinente ao trabalho externo.

Para finalizar a análise do bloco temático relativo à flexibilização endocontratual, extrai-se do trabalho noturno (art. 73 da CLT) um elemento não efetivamente flexibilizatório da jornada, mas tão somente regulatório da atividade laboral levada a efeito em horário pouco convencional, em período destinado, por fatores culturais e fisiológicos, ao mais efetivo descanso do ser humano, o sono.

A rigor, “a prestação noturna de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social” (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1108).

Distintamente do sistema legal português, a CLT não prevê efetivo regime jurídico próprio aos trabalhadores ativados em horário noturno. Na regulação do comando disposto no inciso IX do art. 7º da CF/88, a norma celetista estipula o pagamento do adicional de 20% sobre a hora noturna ao trabalhador que se ativa entre 22h de um dia e 5h de outro (art. 73, *caput* e § 2º). Além disso, prevê o art. 73 a chamada hora ficta noturna, correspondente a 52 minutos e 30 segundos (de forma que a jornada normal diária não ultrapasse 7 horas efetivas de trabalho noturno), e a observância destas condições aos trabalhadores ativados em jornada mista (parte diurna, parte noturna), em turnos ininterruptos de revezamento e em jornadas de plantão

noturnas, sob regime 12x36 ou similar. Assegura, ainda, a extensão da figura nos casos de prorrogação do trabalho noturno.

Importa acrescentar que a Lei 5.889/73, aplicada especificamente aos trabalhadores rurais, propõe lapsos temporais e adicional distintos referentes à jornada noturna, além de não consagrar a hora ficta prevista na CLT. Por se tratar de norma jurídica específica, não necessariamente prejudicial ao trabalhador, tendo em vista o adicional retributivo superior, aplica-se em sua inteireza à realidade profissional em destaque. Assim, faz jus o rurícola ao adicional de 25% pelo labor executado entre as 20h e as 4h, na pecuária, e as 21h e as 5h, na lavoura (art. 7º).

Tais regras compensatórias do caráter deletério do labor noturno evidencia técnica legislativa burocratizante do sistema jurídica, porquanto despida de simplicidade e objetividade. A mera estipulação de limites diários específicos e a proibição de realização de sobrelabor em jornada noturna, assim como se observa no ordenamento jurídico espanhol (art. 36.1 do *Estatuto de los Trabajadores*) e, em certa medida, na sistemática portuguesa, facilitaria o entendimento entre as partes do contrato, servindo, inclusive, de estímulo a maior observância das disposições legais.⁴⁵

Em resumo, o módulo normativo atinente à flexibilização interna do contrato de trabalho brasileiro compreende, essencialmente, a prática há muito consagrada de horas suplementares, os regimes de compensação e de banco de horas, aí incluído o regime especial de jornada diária efetiva de 12 horas de trabalho seguida de 36h de descanso, os regimes de prontidão e de sobreaviso, os turnos ininterruptos de revezamento, salvaguardada a possibilidade de cumulação entre as modalidades, tal como proposto pela Lei 13.467/2017, cuja constitucionalidade mostra-se deveras contestável. Afora isso, ressalta, no polo extremo do tipo analisado, a exclusão da respectiva regulamentação legal aos trabalhadores externos, diretores e teletrabalhadores.

Destacados, no que diz respeito à regulação do tempo de trabalho, os grupos relativos às normas tipicamente conceituais, bem como os blocos concernentes aos períodos de descanso e aos mecanismos de flexibilização interna do contrato de

⁴⁵ No mesmo sentido, Silva (2013, p. 152).

trabalho, resta-nos analisar duas importantes figuras envolvendo o fenômeno da flexibilização externa, ou contratual, dentro do contexto do presente objeto de estudo: o trabalho a tempo parcial (art. 58-A) e o contrato intermitente (arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A a H).

Ambos os tipos contratuais padecem de experientiação prática consolidada na realidade trabalhista brasileira, com a diferença que o contrato de trabalho a tempo parcial já encontrava previsão expressa no ordenamento jurídico antes da reforma trabalhista. Mais precisamente, desde a edição da MP 1709/98 e medidas posteriores, e a ratificação pela Emenda à Constituição 32/2001, que concedeu, no art. 2º, vigência indeterminada ao disposto na MP 2.164-41/2001, a espécie encontra abrigo na legislação, não obstante a ausência de qualquer vedação legal pretérita quanto à fixação de jornada de trabalho em termos inferiores ao padrão constitucionalmente consagrado.⁴⁶

A positivação do trabalho a tempo parcial vem sufragar a ideia de que a mera aplicação da proporcionalidade retributiva à relação caracterizada por patamares temporais inferiores ao contrato *standard* mostra-se insuficiente para atender à complexidade da modalidade.

Não obstante a criação, com as mudanças promovidas pela Lei 13.467/2017, de dois limites distintos de jornada para essa categoria de trabalhadores – um de 30h semanais e outro de 26h, com possibilidade de prestação de 6h suplementares -, bem como a referida abertura à ativação em sobrejornada, reconhece-se, quanto ao trabalho a tempo parcial, o mérito da reforma ao estender o regime jurídico geral realtivo às férias (art. 130 da CLT), revogando, portanto, a restritiva tabela do art. 130-A.

Não há disposição específica quanto à forma especial do contrato de trabalho a tempo parcial, apesar de se considerar que, em se tratando de condição especial do contrato, o registro da jornada deve vir assinalado na Carteira de Trabalho do obreiro, nos estritos termos do art. 29 da CLT. Além disso, o reenquadramento do contrato a tempo integral em parcial compreende a regra geral limitadora do *jus*

⁴⁶ Nesse sentido, Delgado (2018).

variandi do empregador, contida no art. 468 da CLT, uma vez que somente é admitida a alteração contratual nesse sentido com a anuência expressa do trabalhador e sem redução de salário, exceto em caso de comprovado interesse extracontratual do trabalhador ou se negociada coletivamente a modificação (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018). Assim, ao mesmo tempo em que o acordo coletivo pode transacionar diretamente a alteração nesse sentido, prevê-se, ainda, a possibilidade de restrição, por meio da fixação de forma especial para a eficácia da transação (art. 58-A, § 2º).

A proporcionalidade meramente remuneratória, tal como disposta no § 1º do referido dispositivo, não corresponde à complexidade e autonomia da figura contratual. Nesse ponto, a norma poderia ter ido mais além, de modo a estender o critério a aspectos não-retributivos. Da mesma forma, considerando que o princípio da igualdade substancial compreende a dimensão da proporcionalidade e também da equivalência de direitos, o sincretismo do regime jurídico do contrato de trabalho a tempo parcial deixa em branco o alcance desse último – exceto quanto às férias. A rigor, os direitos trabalhistas típicos, apesar de concebidos para toda a qualquer categoria de empregados, podem desafiar redimensionamentos na medida em que a prática dessa espécie contratual demande a distinção de tratamento.

Questões como o auxílio-alimentação, o intervalo destinado à amamentação (art. 396), ou, ainda, a redução da jornada durante o aviso prévio (art. 488 da CLT) carecem de respostas na legislação revisitada pela Lei 13.467/2017, fato que seguramente deverá contar com o trabalho hermenêutico da doutrina e da jurisprudência.

Nesse contexto, crescente se mostra o debate em torno da garantia do salário mínimo (art. 7º, IV e VII, da Constituição Federal) à jornada praticada em termos inferiores ao teto constitucional. Não obstante a consolidação de entendimento, no âmbito do TST, no sentido de se sujeitar o cálculo do salário mínimo ao respectivo valor-hora, a Corte superior trabalhista tem se inclinado a revisar sua jurisprudência em face de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF a sufragar a não submissão da parcela à proporcionalidade horária, haja vista a natureza de garantia institucional do salário mínimo, responsável por proporcionar um piso civilizatório ao trabalhador, além de inserir-se tal regra no princípio de proteção ao trabalho,

instrumentalizado pelas cláusulas de irreversibilidade e progressividade (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 1102; PEREIRA, 2015, p. 135).

Essa contradição está claramente evidenciada no texto recentemente alterado da Orientação Jurisprudencial 358 da SBDI-1 do TST, transcrito a seguir:

SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPOR-CIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVI-DOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.2.2016) – Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

II - Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em sentido oposto, no entanto, a introdução do art. 911-A à CLT pela MP 808/2017 implicou expressamente, por força do § 2º do respectivo dispositivo, a possibilidade de percepção de remuneração inferior ao salário mínimo mensal, além possibilitar a exclusão da proteção social básica dos trabalhadores inseridos nessa hipótese, haja vista a desconsideração da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social àquele que perceber menos de um salário mínimo. Felizmente, o art. 911-A da CLT perdeu vigência com a decadência da referida MP, deixando o ordenamento jurídico, ainda que por linhas oblíquas, de salvaguardar tamanha incongruência.

Em suma, o novo delineamento legal proposto pela Lei 13.467/2017, ao tempo em que rompe com a garantia consoante ao salário mínimo (art. 7º, IV e VII), restringe o direito relativo à previdência social, assegurado constitucionalmente a qualquer trabalhador, sem distinção de qualquer espécie, à luz do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, à luz do art. 194, I, da Constituição.

As considerações tecidas dão conta de que a regulamentação do trabalho a tempo parcial no Brasil mostra-se exígua e incoerente com o conjunto de valores constitucionalmente consagrados.

Por sua vez, a figura do contrato de trabalho intermitente foi implementada por meio da Lei 13.467/2017, e conceituada como a prestação descontínua de trabalho subordinado, determinada em horas, dias ou meses, e notabilizada pela alternância com períodos, não remunerados, de inatividade (arts. 443, § 3º).

Esse tipo debutante de contrato no ordenamento brasileiro teve sua implementação conturbada na reforma trabalhista, uma vez que a Lei 13.467/2017 limitou-se a estabelecer diretrizes gerais a respeito da modalidade, atribuindo onze dispositivos, todos concentrados no novo art. 452-A da CLT. À exceção da conceituação supracitada, este artigo dispõe sobre forma, regras procedimentais (como intervalo mínimo entre a convocação e a prestação), indenização pelo descumprimento do dever contratual, pagamento, recolhimentos fiscal e previdenciário e férias.

Somente com a MP 808/2017 a figura do contrato intermitente ganhou corpo, mediante a introdução dos arts. 452-B a H, ainda que por apenas 5 meses.

Trata-se de modalidade contratual com forte apelo à autonomia negocial das partes, empregado e empregador, na medida em que condiciona a prestação efetiva dos serviços à aceitação expressa do trabalhador à convocação da empresa, não elidindo a subordinação jurídica a sua mera recusa (art. 452-A, § 3º).

Além dessas balizas legais, a CLT passou a dispor sobre o lapso temporal mínimo a ser observado pelo empregador entre a convocação e a efetiva prestação de serviços, a saber, de 3 dias (art. 452-A, § 1º).

Enquanto se verifica no CT português a concepção do contrato intermitente sob as modalidades alternada e “sob chamada” – no primeiro, o ritmo da cadência entre ocupação e inatividade é previsível e está programado no contrato; no segundo, o “quando” da prestação depende de convocatória do empregador, em decorrência da imprevisibilidade ou irregularidade do ritmo (AMADO, 2014, p. 146) –, a CLT cuida exclusivamente da intermitência “sob chamada”. Esse claro direcionamento da legislação brasileira não compromete a viabilidade prática da figura. Pelo contrário, considerando-se que a intermitência alternada costuma ser eclipsada, na realidade portuguesa, pela figura do trabalho a tempo parcial ou outros regimes

compensatórios⁴⁷, a não implementação da figura previne eventual transposição contratual.

Apesar dessas disposições tendentes a limitar a incerteza na convocação e na aceitação do serviço, o § 15 do art. 452-A, inserido por força da MP 808/2017, logrou tornar letra morta as referidas salvaguardas temporais, acentuando que a ativação efetiva do trabalhador releva a observância dos tais prazos. O agravamento da flexibilidade e da incerteza quanto aos tempos de trabalho e de não-trabalho restou atenuado, portanto, com o fim da vigência da MP.

Apesar do silêncio na lei quanto à fruição dos descansos intra e interjornadas, não há razões plausíveis e jurídicas a justificar a sua exclusão desse tipo de contrato. No entanto, a previsão da intermitência com base horária possibilita vislumbrar-se um cenário de subversão do modelo de duração do trabalho diário tradicionalmente concebido no Direito do Trabalho, caracterizado pela prestação contínua de labor máximo de 8h, intercalada com intervalo limitado a 2h, à luz do disposto no art. 71, *caput*, da CLT.

Com efeito, a inovação proposta na reforma visa dar contornos legais à prática de alocação de mão de obra, sobretudo no setor alimentício, por algumas horas em um período do dia (almoço, por exemplo) e outras tantas em outro período (como o horário comumente destinado ao jantar), ainda que entre os dois lapsos se verifique um hiato temporal superior ao limite proposto no art. 71 da CLT. Ainda que nesse período o trabalhador não esteja à disposição do empregador, não há como deixar de vislumbrar a sujeição superior a dez horas diárias em função de sua atividade profissional, sobretudo se se considerar a realidade das grandes cidades brasileiras, notabilizada pela precária e onerosa mobilidade urbana.

Prevê-se o pagamento imediato de todas as verbas trabalhistas, incluindo-se férias e 13º proporcionais e os descansos semanais remunerados. Não mais subsiste a possibilidade de acordo entre as partes acerca da data do referido pagamento, devendo ser realizado imediatamente após a prestação dos serviços, à luz da redação original do § 6º do art. 452-A. Nesse ponto, o ocaso legislativo proporcionado pelo fim da vigência

⁴⁷ Cf. João Leal Amado (2014, p. 147).

da MP 808/2017 poderia suscitar dúvidas quanto aos períodos de trabalho efetivo superiores a um mês. No entanto, à luz do art. 459 da CLT, deve-se entender que o pagamento do salário não poderá superar um mês após o início da prestação efetiva de trabalho, ainda que esta se prolongue por período superior, na linha do que se tinha expressado nos §§ 6º e 11 do referido dispositivo.

Não obstante a “liberdade” afiançada aos trabalhadores para recusarem eventual convocação, o conjunto normativo assegurou diligentemente a fruição de férias anuais, vedando novas convocações durante o período, por parte do mesmo empregador (art. 452-A, § 9º). Essa disposição vem mitigar qualquer transação das férias pelas partes – tendo em vista a indisponibilidade, por essência, do direito – além de salvaguardar a integralidade e a periodicidade do descanso conforme os primados da saúde e segurança do trabalho.

Nesse contexto de reforço da autonomia privada das partes, o art. 452-B reservava ao acordo individual dispor sobre o local e os turnos da prestação, as formas de convocação e resposta, bem como o modo de reparação em caso de cancelamento de serviços previamente agendados. Irretocável a disposição, exceto quanto à compensação pelo não cumprimento da obrigação assumida por qualquer das partes, uma vez que a assimetria de forças inerente ao contrato de trabalho impede o equânime estabelecimento de cláusulas dessa natureza. Imperioso que tal deliberação estivesse ao alvedrio das entidades representativas ou mesmo de norma heterônoma estatal. Contudo, como se disse, o referido dispositivo perdeu sua vigência em 23/4/2018, restando substancial lacuna no texto celetista, salvo no que se refere à reparação pelo não cumprimento da obrigação, por parte do trabalhador, originalmente fixada, no § 4º do art. 452-A, em 50% da respectiva remuneração prevista para o período.

A previsão, contida no art. 452-D, de rescisão tácita do contrato após um ano sem convocação pelo empregador visa dar alguma segurança jurídica à relação, com o intento de se evitar a perpetuação irrazoável do período de inatividade do trabalhador. Com efeito, determinadas atividades justificam a fixação de prazo tão alargado, a exemplo do contrato *por safra*, notabilizado no ordenamento jurídico brasileiro como pacto a termo, nos termos do art. 443, § 2º, “a” da CLT e que agora pode ser viabilizado como contrato único na modalidade intermitente. A tutela a uma alternância racional entre os períodos de prestação e inatividade também compreende

uma preocupação do legislador português, haja vista que o art. 159, 2, do CT estatui a observância de, pelo menos, seis meses anuais de serviço efetivo, dos quais, quatro devem ser consecutivos. A perda da eficácia da MP também nesse ponto impõe mais uma lacuna a contribuir para a insegurança jurídica envolvendo o tipo intermitente. A princípio, não se mostra infundada a adoção de mesma orientação em face do ordenamento vigente, uma vez que a falta de convocação no período de um ano afasta qualquer *animus contrahendi* por parte do empregador.

Por outro lado, não se mostrava justificável a parcialidade de algumas verbas oriundas do contrato intermitente. O art. 452-E, ora destituído de vigência, previa o pagamento pela metade do aviso-prévio, sempre indenizado, e da multa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, além da limitação do saque dos depósitos do FGTS em 80%. Além disso, o dispositivo excluía do trabalhador intermitente a participação no seguro-desemprego.

Considerando-se que as verbas rescisórias são pagas proporcionalmente aos ganhos remuneratórios do trabalhador ao longo do contrato, não haveria qualquer quebra da isonomia a aplicação do princípio da equivalência retributiva nesse ponto. Mais ainda, o quadro de desproteção social acentuado pela MP 808/2017 acabava por categorizar os intermitentes como trabalhadores de segunda classe, em flagrante afronta à Constituição, sobretudo no que se refere ao primado da igualdade (art. 5º, *caput*), à previdência social (art. 201 e seguintes), incluindo-se a garantia do seguro-desemprego, em caso de despedimento involuntário (arts. 7º, II, e 201, III).

A decadência da Medida Provisória atuou, nesse ponto, como um alento ao tipo intermitente, dado o caráter deletério de suas repercussões.

Assim como se dá na regulação do trabalho a tempo parcial, a tutela do salário mínimo não está explicitada no texto legal. Da mesma forma, sustenta-se também com relação a essa modalidade a equivalência da referida garantia, em consonância ao núcleo essencial do direito ao trabalho digno, dotado de remuneração apta a satisfazer as necessidades mínimas de existência humana. Acresce-se a tal fundamento, a orientação de Godinho Delgado (2018) quanto à possibilidade de enquadramento do pacto intermitente como contrato específico de remuneração

variável, de forma a atrair, conseqüentemente, a integralidade nominal do salário mínimo.

Mas, no geral, similarmente à previsão do trabalho a tempo parcial, a regulação do contrato de trabalho intermitente caracteriza-se pouca abrangência de seu conteúdo. Evidenciou-se a preocupação geral com os aspectos formais e procedimentais que acompanham esse tipo de relação, no entanto, verifica-se uma grande área de incerteza a pairar sobre os contornos normativos da modalidade.

O que se tem, no entanto, não se alinha com os princípios da progressividade social, tampouco com o primado da flexissegurança, pois salvaguarda uma relação jurídica temporal e salarialmente instável, a ressaltar a quase inocuidade da previsão de prazo mínimo de convocação precedente à prestação efetiva, deveras diminuto, a possibilidade de alternância horária e o potencial comprometimento do direito ao intervalo intrajornada. Não obstante a MP 808/2017, enquanto válida, tenha logrado atribuir linhas de orientação prática na condução da relação contratual intermitente, comprometeu sobremaneira a higidez da modalidade, principalmente em decorrência da discriminação gerada pela limitação das verbas rescisórias e pela exclusão do seguro-desemprego (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018, p. 668).

O contrato intermitente brasileiro distingue-se substancialmente daquele previsto no ordenamento jurídico português. Afinal, dos três elementos essenciais comumente discriminados na doutrina lusa como traços distintivos da figura (ALMEIDA, 2011, p. 350), apenas a óbvia inatividade se reproduz no modelo celetista, ainda que sem o relevante caráter retributivo do período. Por outro lado, a vedação de coabitação contratual com tipos a prazo e a restrição a atividades notabilizadas pela variabilidade estrutural não se encontram presentes no direito brasileiro, uma por completo silêncio legislativo, e outra por expressa previsão em sentido contrário.

Se o contrato intermitente já é notabilizado por configurar uma das mais flexíveis formas de emprego conhecidas no ordenamento jurídico português⁴⁸, no caso

⁴⁸ Citando Monteiro Fernandes, João Leal Amado (2014, p. 145–152) sustenta que, nesse domínio, a ideia fundamental do legislador é a de configurar uma relação de trabalho cuja estabilidade é conseguida através da intermitência. O problema, prossegue o autor, é que essa intermitência pode ser conseguida pelo empregador através da precariedade.

brasileiro, já se pode identificar grau ainda maior de flexibilização. Soma-se aos elementos apresentados, ainda, o diminuto aviso prévio a ser observado entre a convocação do empregado e a sua efetiva prestação de serviços, três dias no Brasil, e vinte, em Portugal.

Pode-se sintetizar, portanto, que o sistema regulatório justtrabalhista brasileiro se estrutura sob os influxos de uma Constituição centrada axiologicamente na dignidade humana e preocupada com a progressão social do trabalhador mediante a consagração de amplo rol de direitos sociais e trabalhistas à condição de direitos fundamentais.

Como tais, além de serem dotados de eficácia imediata (art. 5.º, § 1.º), referidos direitos fundamentais devem ser considerados tanto na elaboração de políticas públicas como na interpretação das normas jurídicas, espraçando-se, assim, por todo o ordenamento vigente e por todo o tipo de relação sujeita ao Direito Brasileiro, em consonância com a eficácia horizontal ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 61).

À normativa infraconstitucional, especificamente quanto aos aspectos temporais do trabalho, atribui-se a regulamentação dos comandos constitucionais específicos, tais como as regras que fixam limites de duração de jornada e flexibilização de regimes de compensação, bem como a consolidação de direitos atrelados à relação laboral. Centrada no cap. II do Título II da CLT, a organização da duração do trabalho se dá de forma moderada em sua extensão, além de notabilizar-se pela heterogeneidade de suas diretrizes, a qual pode ser tributada aos sucessivos influxos político-institucionais, ora mais progressistas, ora de cunho conservador economicista, pelos quais se sujeitara o diploma ao longo dos seus mais de 75 anos de vigência.

Adiante, apura-se a estruturação do sistema jurídico-normativo português, atinente à regulação do tempo de trabalho.

3.2 O ordenamento jurídico português

A história constitucional de Brasil e Portugal sempre guardou uma relação de proximidade, sobretudo em razão da interação entre esses países desde a época da colonização, perpassando a independência do Brasil até chegar aos dias atuais,

momento este que, embora não se caracterize pelos influxos de outrora, não deixa de testemunhar movimentos pela busca de reforço dos laços entre os países.

As vigentes Constituições (a Portuguesa, de 1976, e a Brasileira, de 1988) expressam com clareza a afinidade político-jurídica que os cerca, na medida em que demarcam a ruptura com longos regimes ditatoriais e afirmam o otimismo das respectivas nações com o projeto de Estado Democrático de Direito, ou seja, a construção de um Estado mais presente, preocupado com as questões sociais que assolam as massas e comprometido com o equilíbrio das forças políticas, por meio, principalmente, da titularidade do poder pelo povo.

Fruto da onda renovatória do Constitucionalismo pós-guerra e da evolução do Estado Social, dos quais é paradigmática a Constituição de Bonn, de 1949, as Constituições atuais de Brasil e Portugal apresentam muitos traços em comum, como a extensão das matérias com relevância constitucional, o cuidado posto na conjugação do primado da liberdade com os direitos econômicos, sociais e culturais, a consagração de numerosos direitos sociais, a descentralização e a abundância das normas programáticas. (MIRANDA; KOSTA, 2013, p. 17; SILVA, 2013, p. 51)

Os reflexos nos respectivos textos constitucionais ressoam, ainda, na consagração dos princípios fundamentais de afirmação da soberania e independência nacional e da dignidade da pessoa humana, bem como no largo catálogo de direitos e deveres fundamentais, mediante o destaque simultâneo, mas com distinção, de direitos, liberdades e garantias (arts. 24º e seguintes da CRP e 5º da CF), de um lado, e direitos sociais (arts. 58º e seguintes da CRP, e 6º e seguintes e 193 e seguintes da CF), de outro. Além disso, a afirmação dos direitos fundamentais como cláusulas abertas (arts. 16º, 2, da CRP e 5º, §§ 2º e 3º, da CF) e a sua aplicação imediata (arts. 18º, 1, da CRP e 5º, § 1º, da CF) incluem-se nesse rol de similitudes entre os documentos. Por fim, não é demais lembrar que os sistemas jurisdicionais de fiscalização de constitucionalidade (arts. 204º e 221 e seguintes, 278º e seguintes da CRP, e 102 e 103 da CF) e os limites materiais de revisão ou emenda constitucional (arts. 228º da CRP e 60, § 4º, da CF) detém posição de destaque nas Constituições vigentes, reforçando o compromisso com a sua plena efetividade (MIRANDA; KOSTA, 2013).

O amplo sentimento de negação ao sistema político posto até então em Portugal se refletiu na determinação do regime econômico. Muito embora não se tenha alcançado a “transição para o socialismo” e o desenvolvimento de “relações de produção socialistas” no país, tal como propugnava o texto original da CRP, a prática jurídico-institucional foi cunhando ao longo dos mais de quarenta anos de existência do Estado Democrático de Direito Português uma Constituição Econômica voltada à economia sustentada de mercado, tributária do caráter regulador do Estado, e longe, portanto, das bases do *laissez faire* (MIRANDA; KOSTA, 2013).

Jorge Miranda e E. Krafft Kosta (2013, p. 45) salientam que uma interpretação sistemática não permitia qualquer aproximação ao “socialismo real” da então União Soviética por causa dos princípios do Estado de Direito democrático e porque a Constituição garantia a existência do setor privado, apesar de diminuir o seu papel, assegurava a concorrência entre as empresas e a preferência às formas autogestionárias. Salientam, ainda, os autores (2013, p. 46), que o regime de economia mista, então consagrado no art. 288º, alínea g), da CRP por força de revisão constitucional em 1989, mostrou-se coerente com um rol de direitos fundamentais que concilia, de um lado, o direito de propriedade e a iniciativa econômica privada e cooperativa (arts. 62 e 61), e de outro, os direitos dos trabalhadores à segurança no emprego, à livre organização e participação e à greve (arts. 53 a 57).

No que se refere à tutela jurídica dos tempos de trabalho, verifica-se que a garantia constitucional não se limita a um dispositivo específico. Muito embora se possa extrair normas diretamente afeitas à proteção da jornada de trabalho (art. 59º, 1, d)), a sistemática constitucional portuguesa oferece um arcabouço normativo denso à conformação da matéria. Nesse contexto, exerce influência no delineamento das fronteiras normativas os direitos relativos a livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º), família (art. 36º), repouso e lazer e conciliação da atividade profissional com a vida familiar (art. 59º, 1, b)) e saúde (art. 64º).

Nesse contexto, cumpre destacar a advertência de Liberal Fernandes (2012) acerca do princípio da conciliação da atividade profissional com a vida familiar, no sentido de que compreende primado também de ordem comunitária, previsto na cláusula 1ª do acordo-quadro sobre licença parental, a Diretiva 2010/18/UE.

Seja na concepção de políticas públicas, na deliberação de normas legais ou mesmo na ponderação hermenêutica de princípios em conflito, sobretudo quando se contrapõe ao direito de empresa (arts. 61º, 1), 62º, 1, 80º, c), etc.), não se pode ignorar a tutela constitucional dos respectivos valores, sob pena de se imiscuir no núcleo essencial de direitos fundamentais.

Não obstante, como assinalado anteriormente, é no art. 59, 1, d), da CRP que se encontra o dispositivo mais denso no que toca à tutela constitucional do tempo de trabalho. Apesar de o constituinte português haver optado por não determinar no texto constitucional os limites aplicáveis aos tempos de trabalho e de não-trabalho, ao contrário do que sucedeu na Constituição Brasileira, notadamente quanto à jornada máxima permitida, extrai-se do referido dispositivo mandamento inafastável ao legislador, consistente na indisponibilidade do “direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas.”.

Não se pode deixar de destacar, aqui, a ênfase nos tempos de não-trabalho, haja vista que a proteção contra a intensificação do trabalho humano não mais se restringe ao combate a jornadas excessivas, tornando-se preponderante a atenção ao fenómeno do evanescimento dos períodos de repouso.

Por fim, cumpre ressaltar a eficácia horizontal dos direitos assegurados no referido art. 59, 1, d), da CRP. Apesar de situarem-se no rol dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Título III), o respeito aos repousos e à jornada máxima legalmente estipulada constitui direito social de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (Título II), e deve, por força do disposto nos arts. 17 e 18 da CRP, ser respeitado não apenas pelo Poder Público como também nas relações entre privados.⁴⁹

Como se vê, a par do que se dá no ordenamento jurídico brasileiro, o subsistema jurídico-laboral português está orientado por uma Constituição assente no valor da dignidade da pessoa humana e na centralidade do trabalho na promoção da cidadania, e vigorosa na consagração de uma rede de proteção mínima a garantir o respeito aos direitos fundamentais (MIRANDA; KOSTA, 2013).

⁴⁹ A esse respeito, conferir Liberal Fernandes (2012, p. 284) e Jorge Miranda e Kraft Kosta (2013).

O atual Código do Trabalho, de 2009, consiste no amadurecimento da legislação regente das relações laborais portuguesas, após o adensamento da normativa do trabalho em um único documento, em 2003. O período anterior marca um cenário plural, porém, assistemático das leis trabalhistas no país.

Com a Codificação, propugnou-se, a princípio, emprestar coerência a esse universo legislativo e conferir maior segurança jurídica às relações de trabalho, bem como identificar lacunas e corrigir incongruências com o texto constitucional. Em um segundo momento, com o CT/2009 e, mais tarde, com a reforma operada pela Lei 23/2012, o sistema jurídico português passa a refletir a instrumentalização do Direito do Trabalho, marcante nas diretrizes comunitárias, em prol das políticas macroeconômicas, de combate ao desemprego, e dos imperativos da globalização, inerentes à competitividade das empresas nacionais.

A análise focaliza justamente os impactos na normativa do tempo de trabalho operados pela versão mais moderna do Código do Trabalho e suas revisões posteriores, advindas na sequência de uma das maiores crises econômico-financeiras da história.

Nos pontos sensíveis à temática temporal do trabalho, em grande parte concentrada na Secção II (Duração e organização do tempo de trabalho) do Capítulo II (Prestação do Trabalho), mais precisamente dentre os arts. 197º a 257º, é possível verificar constante número de revisões legislativas nas duas últimas décadas, a impactar em matérias como pausas intervalares, jornada de trabalho (trabalho efetivo, disponibilidade, etc.), regimes de adaptabilidade e banco de horas, horário concentrado, isenção de horário, turnos de revezamento, trabalho noturno e suplementar, sem se olvidar, ainda, dos contratos de trabalho a tempo parcial e intermitente.

Conforme adiantado na análise da legislação brasileira, procurar-se-á distinguir, na *secção* atinente à organização do tempo de trabalho português, a divisão das disposições legais em cinco grandes blocos, não necessariamente agrupados na ordem consagrada no CT: a) um rol de normas notadamente conceituais, coerentemente dispostas no início da *secção*; b) um grupo de disposições mais pragmáticas, envolvendo questões atinentes ao registro da jornada, horários, limites e balizas legais; c) uma extensa galeria relativa aos períodos de descanso; d) a normatização da

flexibilização interna, ou endocontratual, dos tempos de trabalho, e, por fim; e) o bloco representativo do movimento de flexibilização externa, ou contratual, aqui exemplificado nas figuras dos contratos a tempo parcial e intermitente.

No bojo do art. 197º, o CT conceitua o tempo de trabalho, enquanto período de atividade efetiva e aquele no qual o trabalhador “permanece adstrito à realização da prestação”, como o lapso destinado à preparação das atividades, mediante higienização específica ou colocação de uniforme. Essa dicotomia esconde, por sua vez, o universo de possibilidades que distinguem o trabalho efetivo da inatividade, abrangendo, aí as hipóteses de disponibilidade para o trabalho (sob o poder diretivo do empregador) e as meras ficções jurídicas, a exemplo da inatividade equiparada a tempo de trabalho (como licenças ou dispensas).

Paralelamente à dificuldade em se estabelecer balizas objetivas sobre tais conceitos, Liberal Fernandes (2012, p. 29–30) questiona a identidade de tratamento entre as situações de trabalho efetivo e de disponibilidade para trabalhar, e sugere a distinção da retribuição e da organização dos períodos de descanso. Em alguma medida, prossegue o autor, é o que se dá nos casos de jornada contínua, em que o intervalo para refeição é considerado tempo de trabalho, havendo, de fato, disponibilidade para o trabalho (art. 297º, d)), não se tratando de intervalo de descanso (art. 213º, 1), consistente na plena inatividade.

O Código segue delimitando os conceitos aplicáveis à normativa do tempo de trabalho entre os artigos 198º e 201º, tais como período normal de trabalho, de descanso – aqui, há uma distinção entre período de descanso e tempo de trabalho – e de funcionamento e horário de trabalho.

O tempo de deslocamento do trabalhador entre a residência e o posto de trabalho levanta dúvidas acerca da respectiva categorização enquanto lapso adstrito à prestação de serviços. Não obstante os exemplos da legislação brasileira, hoje revogada, no sentido de se incluir, em situações específicas, esse período no tempo de trabalho, entende-se, no bojo do ordenamento jurídico português, tratar-se de período de descanso, em face da ausência de submissão ao poder diretivo do empregador.

A essência do período de descanso significa que o trabalhador não se encontra numa situação de permanente disponibilidade para o trabalho e que o

empregador só pode interferir com o gozo do tempo de descanso do trabalhador nos casos previstos na lei (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 42).

O CT privilegia a ampla liberdade das partes na deliberação do horário de trabalho, o qual, por sua vez, delimita o período normal e os intervalos. Nesse ponto, o art. 198º não impede que as partes definam outros períodos, além do dia e da semana, como o mês ou o ano, para delimitar o número de horas que o trabalhador se vincula a cumprir, desde que respeitados os limites máximos do trabalho diário e semanal, conforme art. 203º e seguintes (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 40). Liberal Fernandes (2012, p. 140) defende que essa liberdade na distribuição horária deveria limitar-se à observância de períodos mínimos semanais ou diários de trabalho, legalmente previstos, à semelhança das cláusulas Kapovaz, admitidas no direito alemão, em nome da segurança e da promoção do emprego e do direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes (art. 59º, 1, b), da CRP).

O horário está associado a um elemento de previsibilidade e de estabilidade para o trabalhador. Por isso, a sua alteração unilateral pelo empregador, não obstante inserida no seu *jus variandi*, deve observar o dever de consulta prévia aos trabalhadores envolvidos, ou representação respectiva. Discute-se, na doutrina, os efeitos da ausência do parecer obreiro, ou seja, se impinge de nulidade o ato do empregador, como sustenta Liberal Fernandes, ou se se trata de mera infração administrativa, conforme o entendimento de Bernardo Xavier (2011, p. 511, apud FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 174).

Entende-se compreender-se no âmbito do poder de gestão empresarial inclusive a introdução de modificações substanciais ao horário de trabalho, não obstante a aparente vedação disposta no art. 217º, 4, do CT. Nesse caso, o trabalhador fica com o direito de resolver com justa causa o contrato de trabalho, à luz dos arts. 394º, 2, b), e 396º, 1, do CT (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 173). Com efeito, a

“blindagem [contida no nº 4 do art. 217 do CT] apenas se deverá impor nos casos em que as partes confirmam ao horário convencionado um caráter essencial no quadro da constituição e manutenção do vínculo laboral”. (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 173)

Observa Liberal Fernandes (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012), ainda, que a liberdade de modificação do horário pelo empregador funda-se em razões objetivas, devendo ser temperada pela tutela constitucional da segurança no emprego (art. 53º), do repouso e do lazer (art. 59º, 1, d)), da organização do tempo de trabalho em condições que facultem a respectiva realização pessoal (art. 59º, 1, b)) e do direito à proteção da família, da paternidade e da maternidade e da infância (arts 67º e 69º).

O CT prevê expressamente a possibilidade de fixação de horário flexível a trabalhador com responsabilidades familiares, outorgando-lhe liberdade na organização do horário de trabalho. Além disso, outros arranjos flexíveis são previstos na legislação portuguesa, a saber: horário flutuante, notabilizado pelo estabelecimento do horário dentro de uma margem previamente estabelecida; horário misto, no qual se possibilita a ausência da empresa em determinado período; horário diferenciado; jornada contínua; horário livre; e horário por turnos.⁵⁰

O segundo bloco atinente à normativa temporal do trabalho caracteriza-se pelo pragmatismo de suas disposições. Releva, nesse grupo, as normas atinentes ao registro de horários, bem como os limites máximos de jornada diária e semanal e as muitas exceções a esse teto.

A orientar principalmente a atividade gerencial do empregador, o CT estipulou as diretrizes atinentes ao registro dos tempos de trabalho, compreendendo no dever do empregador a anotação relativa aos trabalhadores isentos de horário e aos submetidos a atividade essencialmente externa (art. 202º). A inserção dos isentos mostra-se positiva, pois, ainda que não submetidos aos limites estritos de jornada, não devem estar sujeitos a jornadas abusivas e extenuantes, sob pena de se suplantar relações de trabalho análogas a de escravo.

Relativamente à regulação do horário de trabalho, cumpre salientar a ordem emanada no art. 212º, 2, a respeito da consideração das exigências de proteção e segurança, bem como da conciliação da vida profissional, educacional e familiar do trabalhador quando da estipulação do horário de trabalho pelo empregador. Tal remissão

⁵⁰ Nesse sentido, conferir Fernandes, F. L. (2012).

reforça o compromisso constitucional da tutela dos tempos de trabalho, assim como se dá no ressalto do CT quanto ao aspecto promocional das férias ao convívio familiar, à recuperação física e psíquica e a participação sociocultural do trabalhador (art. 237º, 4). Na mesma medida, o referido condicionamento da previsão e da alteração do horário de trabalho à consulta prévia das entidades profissionais representativas compreende importante fomento ao diálogo entre as partes na relação laboral, o qual tende a viabilizar a adequação do horário de trabalho às particularidades da atividade e dos trabalhadores envolvidos.⁵¹

Quanto aos limites de jornada, restou consagrado como teto máximo do período normal de trabalho (art. 203º) a jornada de 8 horas diária, ou 12 horas para os trabalhadores que se ativam exclusivamente em dias de descanso da generalidade dos trabalhadores, e 40 horas semanal. O dispositivo garante ainda a irredutibilidade salarial, mesmo em caso de redução da jornada por IRCT, em direção oposta à lógica advinda da interpretação conjunta dos incisos VI e XIII do art. 7º da Constituição Federal brasileira.

Distintamente, ainda, da sistemática brasileira, o CT destaca as horas extras da jornada de trabalho ordinária, acrescentando à duração média semanal (art. 211º) 8 horas a título de trabalho suplementar, totalizando, assim, a jornada semanal máxima de 48 horas. A superação desse período, por sua vez, enseja a retribuição correspondente a trabalho suplementar prestado em dia de descanso complementar (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 124).

Não se verifica no CT qualquer previsão relacionada à delimitação do período normal de trabalho no contexto de pluriemprego. Com efeito, o limite de jornada é aplicável apenas em relação a cada contrato de trabalho, muito embora a garantia dos interesses relacionados com a saúde e segurança no trabalho, à luz das Diretivas 93/104/CE e 2008/88/CE, aponte para que os limites médios da duração do trabalho vinculem-se ao trabalhador, de modo a que os períodos mínimos de descanso diário e semanal devessem ser respeitados pelo próprio interessado (GOMES, JÚLIO,

⁵¹ Sobre a alteração do horário de trabalho, consultar os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça português: Processo 2188/06, de 17/1/2007; Processo 3536/2006, de 22/3/2007; Processo 1425/2008, de 5/2/2009; Processo 3844/08, de 17/9/2009; Processo 388/09, de 13/1/2010; Processo 248/08, de 24/2/2010; Processo 123/07, de 7/7/2010; Processo 108/07, de 2/12/2010.

2007, p. 667; RIBEIRO, 2006, p. 224). António José Moreira (2005, p. 145) ressalta que o entendimento de que a duração total dos diferentes trabalhos remunerados não pode ultrapassar os limites máximos legais de tempo de trabalho também é partilhado no sistema francês.

O número 4 do art. 211º afasta os referidos limites do trabalhador diretor, ou análogo, com poder de decisão autónomo e isento de horário. De fato, a regra é não se aplicar a limitação aos trabalhadores isentos em geral, por força do art. 219º, 2, do CT. Não obstante o referido delineamento positivo, entende parte da doutrina que o limite máximo da jornada de trabalho, de 48 horas, é garantido aos trabalhadores isentos, assim como aqueles submetidos ao regime de adaptabilidade, tendo em vista a necessidade de combate a jornadas excessivas, por se tratar de imperativo afeito à dignidade humana, bem como por força dos arts. 59º, 1, d), da CRP e 31º, 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim, excluem-se tão somente os dirigentes e trabalhadores com poder de decisão autónomo, em virtude das características especiais da atividade.⁵²

Nessa mesma linha, o art. 210º estabelece como exceções aos limites de jornada o trabalho em entidades sem fins lucrativos ou de interesse público e as atividades de simples presença ou acentuadamente intermitentes.

A propósito, a organização normativa do tempo de trabalho levada a efeito no CT de 2009 mostra-se pródiga em fazer concessões, a exemplo, ainda, das situações de inaplicabilidade do descanso diário mínimo de 11 horas⁵³, do limite de jornada noturna⁵⁴, a desconsideração como trabalho suplementar da formação profissional fora do horário de trabalho (até o limite de 2 horas diárias – art. 226º, 3, d), do CT) e a incorporação, ainda que restrita, do descanso diário no repouso semanal

⁵² Conferir, entre todos, Liberal Fernandes (2012, p. 184–186).

⁵³ Ainda que o art. 214º, 3, do CT preveja a observância de descanso suficiente à recuperação do trabalhador nos casos de trabalhador diretor isento de horário e de trabalho suplementar por motivo de força maior, bem como o nº 2, d) do referido dispositivo condicione a desconsideração do descanso diário à previsão, em IRCT, de repouso compensatório em atividades caracterizadas pela necessidade de assegurar a continuidade do serviço ou em caso de acréscimo de demanda nos empreendimentos turísticos, a norma não remete tal supressão a nenhuma contrapartida nos casos de trabalho fracionado ao longo do dia.

⁵⁴ Segundo o art. 224º, 5 e 6, não se sujeitam ao limite de jornada noturna (8h) o trabalhador-diretor isento de horário, o trabalhador ativado em sobrejornada por motivo de força maior e por necessidade de continuidade do serviço.

obrigatório, nos casos de trabalhador-diretor isento de jornada, trabalho fracionado, acréscimo previsível em atividades de turismo, etc. (art. 233º, 3).

Essa pluralidade de exceções legais tende a tornar os limites de jornada dificilmente assimiláveis e facilmente descumpridos, ao arrepio do comando constitucional inserto no art. 59º, 1, d).

O conjunto de normas voltadas à regulação dos tempos de descanso consagra a tutela dos períodos de não-trabalho no âmbito das dimensões intrajornada, interjornadas, semanal e anual.

Quanto ao primeiro espectro, o intervalo de descanso (art. 213º) deverá ser de, no mínimo, 1 hora, e, no máximo, 2 horas, sendo vedada a submissão à atividade laboral por mais de 5 horas consecutivas, em regra. Aqui, o legislador concedeu ampla autonomia aos entes coletivos para transacionar o trabalho consecutivo (podendo-se estendê-lo em 6 horas, em geral, ou além disso, no caso de atividades sensíveis, como vigilância, transporte e indústria) e o descanso (cabendo reduzi-lo ou até suprimi-lo). Compete assinalar que esse grau de abertura à negociação coletiva não encontra paralelo na legislação brasileira, a qual, mesmo após as mudanças levadas a efeito pela Lei 13.467/2017, limita a transação do piso intervalar ordinário ao lapso de 30 minutos (art. 611-A, III, da CLT).

O descanso diário encontra-se fixado em 11 horas consecutivas, entre uma jornada e outra, à luz do disposto no art. 214º do CT. Reitera-se a perniciosidade da exclusão da respectiva tutela aos trabalhadores-diretores isentos de horário, aos submetidos a trabalho suplementar por motivo de força-maior ou por necessidade de continuidade dos serviços, bem como àqueles sujeitos à jornada fracionada. Sem embargos das razões práticas acerca da não submissão dos trabalhadores-diretores com poder de gestão autônomo ao regime de organização dos tempos de trabalho (haja vista não serem submetidos a fiscalização), a intromissão nos períodos de não-trabalho, notadamente naqueles lapsos mínimos destinados ao restabelecimento físico e mental do trabalhador, dá o tom do moderno processo de flexibilização jurídico-laboral e sua consequente repercussão na intensificação do trabalho.

Como descanso semanal, é assegurado a todo trabalhador um dia de repouso, preferencialmente aos domingos, salvo nos estritos casos excetuados pelo CT

(art. 232º, 2) ou previstos em legislação especial. Dentre as características principais do descanso semanal, Liberal Fernandes destaca a indisponibilidade (decorrente do princípio da descontinuidade da atividade de trabalho), o aspecto inconfundível (haja vista ser independente de outros períodos de descanso), insubstituível (pois seu não gozo não pode ser compensado) e contínuo (não pode ser interrompido ou fracionado), bem como possui vencimento regular (incide sobre dia certo, de 7 em 7 dias) (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 285).

Dado o impacto social, cultural e, sobretudo, religioso do labor aos domingos, questiona-se se a mera transferência do dia de descanso semanal nas atividades legalmente autorizadas não careceria de contraprestação correspondente, como a destinação de um descanso complementar.

Ao lado do descanso semanal obrigatório, resguarda-se, por meio dos arts. 233º a 235º, o não-trabalho nos dias de feriado, segundo o regime jurídico daquele.

Em regra, ao descanso semanal cumula-se o repouso diário, totalizando, pois, um lapso de 35 horas de absoluta inatividade profissional do obreiro. Como se aduziu linhas atrás, em mais esse ponto, o Código estabelece concessão para permitir o afastamento cumulado desse período em determinadas atividades (art. 233º, 3). Por outro lado, a isenção de encerrar as atividades aos domingos não significa que a prestação laboral correspondente aos feriados possa ser considerada como realizada em dia normal de trabalho. Para tanto, estabelece-se a observância de regime especial de trabalho suplementar, consistente na respectiva retribuição majorada ou em descanso compensatório, nos termos do art. 269 do CT (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 295).

Por seu lado, o art. 229º, 1, do CT prescrevia o descanso compensatório do trabalho suplementar. A teor do referido dispositivo, em regra, 25% das horas extras realizadas em dias úteis transformavam-se em descanso, o qual, após integralizar um dia de trabalho normal, integrava o patrimônio jurídico do trabalhador para a respectiva fruição no prazo de 90 dias.

Trata-se de medida de grande relevância normativa, voltada à tutela da saúde e segurança, na medida em que tinha o condão de desincentivar o uso do sobrelabor sem impor um ônus financeiro direto ao empregador, e sem comprometer os

períodos de repouso do trabalhador. Apesar disso, o dispositivo encontra-se hoje revogado por força da Lei 23/2012. Por outro lado, permanece vigente o descanso compensatório para trabalho em detrimento de descanso diário e semanal.

A concessão de um dia completo de descanso compensatório, no caso de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório, justifica-se como forma de possibilitar ao trabalhador a satisfação de outros tipos de interesses para além da simples recuperação física e psíquica, designadamente a própria ruptura com o trabalho; além disso, a mesma medida pode ainda ser vista como forma de desincentivar o recurso ao trabalho suplementar nos dias de descanso obrigatório (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 259).

Em suma, o legislador estabeleceu um escalonamento da proteção dos períodos de não-trabalho, conforme o grau de restabelecimento fisiológico proporcionado pelos tempos de inatividade, atribuindo ao repouso semanal maior preponderância, na medida em que conferiu à sua inobservância retribuição integral e descanso compensatório nos 3 dias seguintes ao respectivo sobrelabor. Contudo, a Lei 23/2012 rompeu com a tutela do não-trabalho estrito (período não compreendido nos descansos diário e semanal), desestabilizando-o, e acentuando, assim, a distinção entre os lapsos de repouso.

Verifica-se semelhante graduação da tutela do não-trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, salvaguarda-se a compensação do descanso semanal laborado, mediante a determinação de outro dia de folga, desde que observado o limite de seis dias consecutivos de trabalho, à luz da interpretação conjunta do art. 7º, XV, da Constituição Federal e da parte final do art. 9º da Lei 605/49, nos termos da Orientação Jurisprudencial 410 da SBDI-1 do TST. A proteção dos intervalos intra e interjornadas também encontra abrigo no sistema jurídico brasileiro, embora mediante o recurso da monetarização do período.⁵⁵ Finalmente, assim como se dá na

⁵⁵ A supressão indevida do intervalo intrajornada implica a remuneração do respectivo período em montante 50% acima do valor relativo à hora normal (art. 71, § 4º, da CLT). Quanto ao intervalo interjornadas, por força da Orientação Jurisprudencial 355 da SBDI-1 do TST, a inobservância do repouso implica a incidência analógica do referido art. 71, § 4º, da CLT e, consequentemente, o pagamento da integralidade das horas subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

realidade justrabalhista portuguesa, não se propugna no Direito brasileiro qualquer descanso compensatório à supressão de tempo de não-trabalho estrito.

No que se refere à dimensão mais dilatada do período de repouso do trabalhador, as férias correspondem a direito fundamental com assento na Constituição Portuguesa (art. 59º, 1, d)) e regulamentação nos arts. 237º e seguintes do CT. Nos termos do art. 238º, 1, aos trabalhadores é assegurado um período de descanso anual de, no mínimo, 22 dias úteis.

Nesse ponto, a sistemática portuguesa difere sobremaneira do ordenamento brasileiro. Esse direito vincula-se ao ano civil (e não à data de contratação, como na CLT) e dissocia-se da assiduidade. Não obstante a alteração, promovida pela Lei 23/2012, do número 3 do art. 328º do CT, cuja redação original estabelecia um bônus aos trabalhadores mais assíduos, correspondente ao aumento em até 3 dias de férias, permanece o direito às férias incólume mesmo em face de ausências injustificadas do trabalhador ao longo do período aquisitivo. A legislação brasileira, por sua vez, inverte essa lógica, ao adotar uma espécie de incentivo negativo, mediante o desconto de dias de férias em função das ausências injustificadas.

As férias notabilizam-se pela indisponibilidade, salvo quando o empregado fizer jus a mais de 20 dias úteis de férias, hipótese em que é assegurada a remuneração majorada de férias cumulada com a remuneração do labor prestado nesses dias. Trata-se, aí, de salutar garantia, sem paralelo na CLT, a qual impossibilita que o empregado “venda” qualquer período de suas férias, em uma perigosa monetarização de um dos períodos de descanso mais caros ao restabelecimento físico e psíquico do trabalhador e ao reforço dos laços familiares, sociais e culturais. Essa disposição ressoa no art. 7.2 da Diretiva 93/104/CEE, que veda a compensação financeira do período mínimo de férias anuais remuneradas, exceto em caso de extinção do contrato de trabalho.⁵⁶

Outra valiosa garantia encontra expressão no art. 239º do CT, na medida em que assegura o direito a férias proporcionais após 6 meses de vigência do contrato (nº 1), e, mais importante, a fruição efetiva nos casos de contrato com duração inferior a

⁵⁶ Cf. Silva (2013, p. 141).

esse prazo, hipótese na qual deve o direito ser exercido imediatamente antes da cessação, na ordem de 2 dias úteis por mês completo trabalhado (nº 4). Tal disposição, que também não encontra qualquer correspondência na CLT, obsta, em certa medida, que práticas fraudulentas, como, por exemplo, renovações contratuais sucessivas, afastem do trabalhador a fruição do referido descanso.⁵⁷

A violação do referido direito recebe atenção especial nos termos do art. 246º, ao atribuir o dever de pagamento em triplo ao empregador que obstar culposamente a fruição das férias, sem embargos do gozo do descanso pelo trabalhador. Mais uma vez, o CT prevê relevante incentivo à observância desse direito pelo empregador. Por seu turno, a legislação brasileira assegura a retribuição dobrada em face da não concessão ou da concessão intempestiva das férias, a imediata fruição, com a consequente perda da prerrogativa de escolha da data pelo empregador, sem prejuízo da multa administrativa correspondente, à luz dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 137 da CLT.

Por fim, assinala-se a impossibilidade de exercício de outra atividade remunerada durante as férias, salvo quando o trabalhador já a exerça cumulativamente ou o empregador o autorize. O disposto no art. 247º evidencia alto grau de ingerência da legislação portuguesa na autodeterminação do trabalhador. A disposição abre discussão acerca dos limites da imperatividade da lei. Por outro lado, se o escopo das férias é garantir o restabelecimento fisiológico do trabalhador, assim como o reforço das relações sociais e culturais, a determinação mostra-se pertinente, não obstante deixar uma abertura ao alvedrio do empregador, o qual, por sua vez, não possui condições de avaliar a real conveniência da permissão. Mais coerente, a rigor, seria remeter a autorização à avaliação de comissão representativa de trabalhadores.

⁵⁷ Evita-se, ainda, um quadro comumente enfrentado, no Brasil, por trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública, por meio de contratos de trabalho terceirizados (*outsourcing*). Por força de imperativo que condiciona as contratações públicas a procedimento público prévio a viabilizar a concorrência de empresas privadas (como os procedimentos adjudicatórios portugueses), não raro se testemunha a contratação, por parte do Estado, de empresas intermediadoras de mão de obra terceirizada, por prazo específico, ao cabo do qual, acaso não sucedida a renovação entre os interessados (seja em virtude de proposta mais vantajosa de outra empresa ou pela bancarrota da antiga prestadora de serviços), resolvem-se os contratos de trabalho então consolidados, ainda que a nova prestadora se comprometa a recepcionar o capital humano da antiga empresa. Nessa hipótese, muito comum no cotidiano laboral brasileiro, os trabalhadores se veem no direito de receber mera indenização pelas férias a que faziam jus, sem, no entanto, gozar de qualquer período de repouso.

O mesmo conflito surge do debate quanto à prestação de sobrelabor em caso de pluriemprego. A esse respeito, Oliveira Silva (2013, p. 134, citando VALDEOLIVAS GARCÍA, 1991, p. 283-286) expõe o entendimento da doutrina espanhola no sentido de que, ainda que não se possa exigir do trabalhador o descanso efetivo, em respeito à sua liberdade, pois o obreiro pode utilizar como quiser seus períodos de não-trabalho, trata-se de situação de saúde pública a reclamar limites ao exercício dos direitos fundamentais pelo trabalhador.

Com efeito, a CLT contém a mesma vedação do CT quanto ao exercício de outra atividade remunerada, salvaguardado apenas o cumprimento de contrato de trabalho já em curso. Não se oportuniza qualquer possibilidade de autorização nesse sentido, seja pelo empregador ou por qualquer outro órgão.

Patentemente incoerente é a possibilidade de retenção da remuneração respectiva ao labor realizado em descompasso com a referida vedação (art. 247º, 2). Tal orientação destoa do primado da proteção do trabalhador e atenta frontalmente contra o sinalagma do contrato de trabalho. Essa disposição não encontra paralelo na legislação brasileira. Em sentido contrário, no entanto, García-Perrote Escartín (2000, p. 828-829, apud SILVA, 2013, p. 146) ressalta que a obediência dos períodos de descanso é um dever do trabalhador decorrente justamente do sinalagma contratual, haja vista o interesse empresarial acerca da recuperação física e psíquica do trabalhador. Nesse sentido, parte da doutrina espanhola admite o não pagamento do salário do empregado pela segunda atividade durante as férias, em caso de comprovada incompatibilidade do referido trabalho com a finalidade do repouso.

A quarta divisão proposta à *Secção* relativa à duração e organização do tempo de trabalho refere-se às modalidades de flexibilização interna, ou endocontratuais. Trata-se de medidas tendentes a maior maleabilidade do contrato de trabalho clássico, abertas à autonomia privada, e ocasionalmente restritas à negociação coletiva.

Muito embora não se trate de fenômeno recente do Direito Laboral, mas tendência que acompanha a dinâmica das técnicas de organização do trabalho, verifica-se que, nos últimos 20 anos, o ordenamento jurídico português endossou o movimento comunitário de abertura das possibilidades contratuais, passando a introduzir figuras

como o regime de adaptabilidade e o horário concentrado, além de ampliar o espectro de incidência de sistemas de banco de horas, isenção de horário e trabalho suplementar, por exemplo.

O regime de adaptabilidade notabiliza-se por relativizar o módulo legal de limitação do período normal de trabalho. Ao passo que a jornada ordinária determina-se pelas horas laboradas do longo do dia e da semana, permite-se, pelo regime de adaptabilidade, a ativação do trabalhador em jornada de trabalho acima dos patamares legais (de 8h/dia e 40h/semana), sem que se retribua diferenciadamente o sobrelabor ordinário. Deve-se observar, por sua vez, o limite horário legal em termos médios, que pode se dar no período de até um ano (a destoar da limitação quadrimestral contida no art. 16º, b), da Diretiva 2003/88/CE).

A cumulação da figura com a prestação de trabalho suplementar ou outra medida de flexibilidade não deve ultrapassar 48h, por força do art. 211º, 1, do CT. No entanto, a jornada pode atingir até 60h em caso de cumulação do regime de adaptabilidade com a jornada suplementar para atendimento a situações de força maior ou quando seja indispensável para prevenir prejuízo grave para a empresa (art. 227º, 2).

“Esse tipo de flexibilização permite às empresas adequar a respectiva organização às exigências de produção ou de consumo, ou às flutuações sazonais, sem terem de suportar aumento de custos pela maior disponibilidade dos trabalhadores. [...] Relativamente aos trabalhadores, a adaptabilidade implica uma maior disponibilidade para o trabalho, cuja contrapartida reside na possibilidade de usufruírem de períodos de descanso complementar ou compensatório em dias úteis, pelas horas prestadas a mais.” (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 72–73)

António José Moreira (2005, p. 149–150) ressalta a contribuição do regime de adaptabilidade para a estabilidade retributiva de empregados inseridos em setores econômicos sujeitos a picos produtivos sazonais. Sustenta ser esse modelo a melhor solução para a defesa dos interesses da empresa e do emprego, na medida em que se mostra mais consistente do que o recurso ao trabalho suplementar e à isenção de horário, muito embora reconheça que sistema especial de jornada não favoreça a política de emprego.

No CT de 2009, a adaptabilidade, que anteriormente só se dava por meio de regulamentação coletiva, ganhou novas formas, passando a ser prevista a pactuação individual ou mesmo na modalidade grupal, cuja adesão pode ser prescindida de parcela do setor ou unidade produtiva.

O princípio da adaptabilidade dos horários por acordo traduz, assim, a ideia de igualdade negocial dos contraentes, representando uma concretização bem visível de fuga para o Direito Civil (MOREIRA, 2005, p. 152).

Essencialmente, cada espécie possui limites próprios, assegurando-se maior flexibilidade, naturalmente, à modalidade dotada de chancela sindical. Nesse contexto, a adaptabilidade individual autoriza a prestação de serviços, em termos médios, em até 10h por dia e 50h por semana, assegurando-se à coletiva, por sua vez, o exercício ordinário de labor por 12h diárias e 60h semanais.

Pelo regime de adaptabilidade grupal, estende-se o IRCT, contendo a autorização à adoção da sistemática, à equipe de trabalho, seção ou unidade, desde que 60% dos trabalhadores do respectivo setor sejam filiados ao sindicato interessado.

O Tribunal Constitucional Português debruçou-se sobre a constitucionalidade das novas figuras inseridas pelo CT/2009, assentando, no acórdão 338/10, a compatibilidade dos preceitos com a CRP, ressalvados os votos divergentes das Conselheiras Catarina Sarmento e Castro e Maria Lúcia Amaral. Dentre os pontos mais relevantes controvertidos no julgamento, destaca-se a possibilidade de se conferir eficácia geral (*erga omnes*) à convenção coletiva de trabalho, em aparente conflito com o princípio da liberdade sindical, em suas dimensões positiva e negativa (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012).

A sistemática da adaptabilidade por regulamentação coletiva se aproxima em muito da consistente no banco de horas, que também se sujeita à previsão em IRCT e permite a ativação laboral acima dos parâmetros temporais ordinários, em jornadas de até 12h por dia 60h por semana.

Distingue-se o banco de horas por não se vincular a termos médios de referência, mas tão somente ao limite anual de 200 horas prestadas acima do período normal de trabalho. Nesse regime tampouco há previsão de ativação em trabalho

suplementar por motivo de força maior, hipótese presente na adaptabilidade. Outra distinção de relevo situa-se nas hipóteses de compensação do sobrelabor. Além de compreender a compensação clássica, de redução da jornada em período correspondente ao majorado em outra oportunidade, o art. 208º, 4, a), do CT/2009 atribui ao IRCT a possibilidade de acrescentar o período de férias e monetarizar o trabalho prestado em acréscimo, ou mesmo de estabelecer um sistema de compensação misto, envolvendo as hipóteses de contraprestação.

Tal compensação por aumento do período de férias restou implementada pela Lei 23/2012, assim como a instituição das figuras do banco de horas individual (art. 208º-A) e grupal (art. 208º-B), na linha do que se sucedeu com relação ao regime de adaptabilidade, quando da promulgação do CT/2009.

A forma de emprego do banco de horas individual é análoga à da adaptabilidade individual, ou seja, proposta por escrito pelo empregador, com aceitação presumida do trabalhador (art. 208º-A, 2). Liberal Fernandes (2012, p. 110) assinala não ser esse o instrumental que melhor garanta a liberdade e a autonomia negocial. Salienta tratar-se, aliás, de uma técnica recorrente do legislador nacional a qual, pelos seus efeitos práticos, não visa senão contribuir para reforçar a posição de supremacia do empregador.

Não obstante a identidade na nomenclatura, o banco de horas concebido na sistemática brasileira assemelha-se mais à adaptabilidade prevista no CT, principalmente pela sujeição a parâmetros médios, que podem alcançar o lapso de um ano, e também por estarem adstritos à ampla autonomia das partes, guardadas as devidas peculiaridades em função do carácter individual ou coletivo da medida. A figura portuguesa do banco de horas, por sua vez, não encontra paralelo no Direito Brasileiro, haja vista a preocupação do sistema em salvaguardar a observância dos limites horários semanais de labor, ainda que sob uma perspectiva mais alongada.

Cumprе destacar que, assim como se dá na sistemática brasileira, a compensação vertida no regime de adaptabilidade e no banco de horas desconsidera o maior peso dotado ao período de labor exercido acima dos parâmetros normais de jornada, à luz do disposto no art. 268º do CT, que atribui a retribuição, pelo menos, 50% superior à devida ordinariamente ao trabalhador.

O sistema de horário concentrado, por sua vez, estabelece uma lógica de concentração, em dias consecutivos, de jornadas até 4h superiores ao período normal diário. Pode ser acordada individualmente a concentração em até 4 dias consecutivos, respeitada a jornada máxima legal (40h semanais) ou transacionada por IRCT, hipótese na qual se possibilita a submissão de 3 dias consecutivos de trabalho alternados por, pelo menos, 2 dias de descanso, desde que observada a duração do período normal de trabalho em um termo de referência de 45 dias.

Esse modelo flexibilizatório reflete uma prática muito comum de organização dos tempos de trabalho, mediante a concentração de sobrejornadas de forma a respeitar o período normal semanal ou um módulo temporal de referência. O CT/2009 vem, portanto, estabelecer balizas de orientação aos empregadores e à jurisprudência quando do enfrentamento de situações atípicas de organização da jornada de trabalho.

Com efeito,

“[...] apesar de não se verificar qualquer aumento do período normal de trabalho, consagra-se a obrigatoriedade de, a nível de IRCT, ser fixado um regime retributivo especial para o horário concentrado, o que é um indicador do seu carácter especialmente desgastante.” (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 117)

A sistemática brasileira, à míngua de disposição legal nesse sentido, contou com a maturação jurisprudencial e doutrinária para a conformação do horário concentrado. Conforme salientado anteriormente, a Corte Superior Trabalhista brasileira passou a afastar as jornadas de 12 horas nos sistemas 4x2, 5x1, 6x1 e outros que extrapolem a limitação semanal de 44 horas, ainda que coletivamente pactuados [ver nota X].

Cotejando-se o disposto no art. 209º do CT/2009 e a diretriz consagrada na jurisprudência brasileira, verifica-se que as duas sistemáticas ostentam semelhante preocupação no que se refere ao respeito do período normal de trabalho semanal, como notável medida de proteção à saúde dos trabalhadores.

Relativamente ao regime de isenção de horário, o CT estabeleceu a determinadas atividades, notadamente aquelas sobre as quais o poder de fiscalização do

empregador mostra-se mitigado, a possibilidade de as partes transacionarem a não sujeição dos limites legais de jornada, o aumento do período normal de trabalho ou a observância do período normal, assegurada a fruição de descansos e a correspondente contraprestação monetária pela eventual disponibilidade da jornada.

Nesse ponto, cumpre rememorar a exceção contida no art. 214, 2), do CT, que logra atenuar o direito aos descansos diários dos trabalhadores ali elencados, dentre os quais, o diretor isento de horário, ao qual se garante, no número 3 do referido artigo, a observância de um repouso que lhe “permita a recuperação”.

A isenção, disposta no art. 218º do CT, assemelha-se com a proposta do art. 62 da CLT, com a distinção da abertura, na legislação portuguesa, à negociação coletiva para estabelecer outras situações de admissibilidade de isenção. Credita-se a eloquência do silêncio legislativo brasileiro aos elevados impactos figura na execução do contrato. Considera-se que, ao contrário do que propõe o CT, a extensão do regime excepcional a outras atividades não deveria estar aberta à negociação coletiva, mas restrita ao parlamento.

Por sua vez, para os casos de funcionamento do estabelecimento por tempo superior ao período normal de trabalho, o CT impõe a organização do trabalho por turnos, mediante a sucessão de equipes. Não obstante o art. 220º possibilitar a alocação da mão de obra em horas diferentes em dias ou semanas, ao empregador é vedado alterar o turno do trabalhador antes da fruição do descanso semanal, por força do art. 221º, 4.

O art. 222º acentua a preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores submetidos a esse tipo de jornada, consagrando um genuíno dever de proteção dos trabalhadores por turnos. Esse ônus do empregador é instrumentalizado por meio de medidas de enquadramento e fiscalização, tais como limites máximos dos períodos normais de trabalho (arts. 211º, 230º, 1, 231º e 232º), mudança de turno precedida de dia de descanso semanal e registro separado dos trabalhadores envolvidos (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012).

Na linha do que vem entendendo a jurisprudência brasileira, a tutela especial do trabalho em turnos se justifica pela alternância substancial dos horários em que se dá a prestação de serviços, a abarcar, no todo ou em parte, os períodos diurno e

noturno, nos termos da Orientação Jurisprudencial 360 da SBDI-1 do TST. Sem embargos da incontroversa precariedade do trabalho noturno, que será abordado a seguir, a medicina do trabalho atenta para o maior impacto fisiológico e social da irregularidade da rotina proporcionado pelo labor em turnos, tendente a promover abruptas mudanças nos hábitos do trabalho, principalmente no que se refere à alimentação e ao sono.

Desse modo, não se vislumbra razão determinante para se incluir na tutela dos arts. 220º e 221º do CT o trabalho por turnos desprovido de alternância horária.

Liberal Fernandes (2012, p. 199–200) destaca que, em virtude dos inegáveis sacrifícios físicos e psíquicos acrescidos que implica o trabalho em turnos, além de causar profundas alterações na vida familiar e social do trabalhador, a sua efetivação depende de acordo com o trabalhador; havendo discordância deste e efetivada a mudança não abusiva, prossegue o autor, cabe ao obreiro a faculdade de resolver o contrato com justa causa com direito a indenização, nos termos do art. 394º, 1, do CT.

Por outro lado, a supressão dos turnos fundada em razões objetivas independe da referida aceitação do trabalhador. Na linha do acórdão do STJ, de 17/1/2007, referente ao Processo 2188/06, trata-se de mudança que melhor corresponde aos interesses gerais da segurança e saúde dos trabalhadores. No mesmo contexto, ainda, os tribunais trabalhistas brasileiros chancelam entendimento consoante ao caráter benéfico da supressão de turnos, ainda que mediante a majoração da jornada diária.⁵⁸

O trabalho noturno, por sua vez, apesar de não compreender elemento de flexibilização típica, na medida em que não logra alargar os termos do contrato de trabalho clássico, mantém uma relação quase simbiótica com tais figuras, haja vista que a lógica da alocação eficiente de mão de obra perpassa o aproveitamento ótimo dos

⁵⁸ A título exemplificativo, cita-se: TST-RR-12000-82.2009.5.05.0121, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/05/2017; TST-RR-894-54.2013.5.03.0052, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/02/2015; TST-AIRR - 1245-60.2012.5.01.0038, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015; TST-AIRR - 598-40.2014.5.17.0009, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016; TST-ARR-885-37.2012.5.04.0008, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015; TST-AIRR-545-42.2012.5.03.0034, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015; TST-AIRR - 340-34.2015.5.11.0018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016.

meios de produção, mediante a exploração das diferentes molduras contratuais em limitado espaço de tempo.

A partir desse contexto, a rigor, advém a distinção entre o período de abertura (voltado à venda ao público) e o de laboração (relativo a estabelecimentos industriais ou unidades de produção no sentido econômico), compreendidos no conceito de período de funcionamento (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 47).

Por se tratar de situação laboral immanentemente deletéria à saúde física e psíquica do obreiro, o trabalho noturno é objeto de tutela jurídica acurada no CT (bem como na CLT), mediante a regulação de regime jurídico próprio, seguindo, pois, os padrões de proteção internacionais.

Assegura-se proteção especial ao trabalhador que se ative por, pelo menos, 3 horas entre o período de 22h e 7h, no âmbito do exercício de jornada diária de trabalho com duração entre 7 e 11h. Referida tutela se traduz no direito à retribuição 25% superior (art. 266º, 1), no dever do empregador em assegurar exames médicos periódicos e gratuitos e avaliação de riscos inerentes à atividade (art. 225º do CT), bem como na previsão de limites próprios de jornada (art. 224º).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a limitação do trabalho noturno a jornadas máximas de 11h, em regra, e 8h, em casos especiais, como regime de adaptabilidade e atividades de risco ou intensas (aí abrangidas as monótonas, as repetitivas, as isoladas, etc.) não se coaduna com a natureza desse tipo de labor, haja vista, por exemplo, a maior propensão a acidentes.

Outra discrepância do regime jurídico do trabalhador noturno se expressa no art. 266º, 3, do CT, ao excluir o adicional remuneratório das atividades predominantemente noturnas. Com efeito, são os trabalhadores submetidos a essa situação os que necessitam de maior proteção jurídica (TRILLO PÁRRAGA, 2010, p. 196-197, apud SILVA, 2013, p. 156). Referida discriminação não encontra, portanto, razões objetivas, ao arrepio do primado da igualdade consagrado na Constituição Portuguesa.

Nessa mesma linha, reconheceu-se, no Brasil, a inconstitucionalidade da discriminação feita no art. 73, § 3º, da CLT, ao “trabalho que decorra da atividade da

empresa”, à luz das Súmulas 213 e 214 do STF e do Enunciado 130 do TST (DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, 2018).

Portanto, além da maior remuneração, ao trabalhador noturno deveria ser assegurado pelo menos o respeito ao período normal de trabalho diário, sem prejuízo da diminuição dessa jornada em casos especiais, excluída a possibilidade de se cumular o regime com outros elementos de flexibilização, como a adaptabilidade, o banco de horas e o horário concentrado. Ainda que a cultura mercadológica se sobreponha à referida tese, e não se permita desprender do trabalho noturno, por exemplo, regimes de compensação ou jornadas 12x36 em serviços de saúde e vigilância, a flexibilização, nesse caso, deveria se restringir a tais excepcionais ocupações, mediante previsão legal que incluísse medidas compensatórias, como intervalos intrajornada suplementares.

Por outro lado, os arts. 226º e seguintes do CT dispõem sobre a mais difundida forma de flexibilização temporal do contrato de trabalho, o trabalho suplementar. Nos termos do CT, o trabalho suplementar compreende o labor prestado além do período normal de trabalho (8h por dia e 40h por semana) em decorrência de acréscimo eventual e transitório de trabalho, sem que se justifique a admissão de trabalhador, bem como aquele motivado por força maior.

O CT rechaça a possibilidade de recurso ao trabalho *meramente* suplementar, salvaguardando a sobrejornada, ao contrário do que se entende ocorrer na sistemática brasileira, apenas em casos excepcionais. Com efeito, Palma Ramalho (2016, p. 425) registra que

“os fundamentos do trabalho suplementar têm a ver com necessidades anormais de gestão (ou seja, com um acréscimo eventual e transitório de actividade que não justifique a contratação de um novo trabalhador) ou com a ocorrência de uma situação de força maior à qual a lei associa a eminência ou a reparação de prejuízos graves para a empresa (art. 227, nº 1 e 2).”

Liberal Fernandes (2012, p. 238) acrescenta outas situações previstas no CT: falta imprevista do trabalhador do turno seguinte (art 230º, 1); trabalho nos dias feriados obrigatórios nas empresas dispensadas de encerrar semanalmente ou apenas ao domingo (arts. 236º, 1, e 269º, 2).

O trabalho suplementar consiste na prestação de serviços levada a efeito fora do horário de trabalho (antes e após a jornada, durante o intervalo de descanso, no âmage dos descansos semanal, obrigatório ou complementar e em feriados), ainda que dentro do quantitativo previsto para o período normal de trabalho. (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 231)

Ao trabalhador submetido a trabalho suplementar é devida retribuição superior à que lhe seria devida ordinariamente. Nos termos do art. 268º do CT, pela primeira hora trabalhada além do período normal de trabalho, acresce-se 25% do valor do salário-hora, e 37,5% por hora ou fração subsequente à primeira. Em descanso semanal e feriado, a retribuição da hora suplementar alcança 50% da hora normal. Como se destacou anteriormente, compreende-se aí um dos pontos mais polêmicos e impactantes da revisão operada pela Lei 23/2012, a qual resultou no substancial rebaixamento do patamar retributivo especial do trabalho suplementar.

Além disso, abre-se ao IRCT a possibilidade de transacionar sobre o *quantum* da majoração do trabalho suplementar, podendo-se inclusive convencionar o seu não pagamento majorado (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 263).

Perquire-se, desta forma, se o arranjo normativo do trabalho suplementar se alinha com a natureza de ordem pública social que lhe é inerente, haja vista o objetivo de salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador e preservar o equilíbrio no mercado de trabalho, promovendo o aumento do emprego, ainda que a termo. Um ponto a se considerar, portanto, refere-se à eficácia da retribuição do trabalho suplementar relativamente à política de desincentivo ao seu recurso, mediante a previsão de encargos tendencialmente superiores aos suportados com o recurso a outras formas de contratação, a termo ou em regime de trabalho temporário, por exemplo (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 237).

A sistemática brasileira não outorga tal autonomia aos entes sindicais, sobretudo porque o adicional de horas extras tem assento constitucional específico. Ao mesmo tempo, consolida patamar retributivo superior ao atualmente propugnado no CT, na medida em que prevê remuneração 50% superior à hora normal, independentemente da quantidade de horas suplementares prestadas (art. 59, § 1º, da CLT), bem como a dobra salarial pelo labor prestado em domingos e feriados, nos termos do art. 9º da Lei

605/49 e da Súmula 146 do TST, ressalvada a possibilidade de compensação do referido descanso.

Quanto ao balizamento temporal do sobrelabor, o Código estipula limites diário (2h) e anual. Neste, o escalonamento relaciona-se ao porte do empregador: as micro ou pequenas empresas sujeitam-se a um limite de 175 horas/ano; para as médias e grandes corporações, prevê-se um teto de 150 horas/ano. O IRCT pode majorar esses limites anuais em até 200 horas/ano, independentemente do tamanho da empresa.

O escalonamento dos referidos limites, inexistente no caso brasileiro, visa a atender às peculiaridades das organizações segundo a respectiva capacidade de responder a picos de produção, orientada pela lógica de que teriam as micro e pequenas empresas menos condições, comparativamente às grandes corporações, de contratar um novo funcionário para fazer frente a eventual ampliação da demanda, ou mesmo de diversificar investimentos a fim de superar condições econômicas adversas, daí a necessidade de se proporcionar maior “banco” de horas extras por empregado.

Assim como o recurso à remuneração majorada, o estabelecimento de limites temporais ao trabalho suplementar objetiva proteger a saúde e a integridade física e psíquica do trabalhador, garantir a segurança na empresa e a produtividade laboral, bem como incentivar a contratação de novos trabalhadores, assim como regular a concorrência entre as empresas. As razões de ordem pública social que justificam a sujeição do trabalho suplementar a limites temporais são semelhantes às que se prendem com o estabelecimento de uma duração máxima do período normal de trabalho (art. 203º). Aliás, na ausência de tais restrições, o recurso ao trabalho fora do horário de trabalho permitiria contornar os limites legais relativos aos períodos de trabalho (COSTA, 2003, p. 1054, apud FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2012, p. 251).

Verifica-se que tais limites fixaram-se em patamares acentuados, não condizentes com a natureza excepcional do trabalho suplementar. Tendo em vista a baixa remuneração desse tipo de labor, a previsão de tetos tão generosos pode banalizar a prática e fazer tábula rasa dos limites normais de trabalho. Não obstante, a mera previsão de limite anual já traz, em alguma medida, um alento à normativa portuguesa, se considerarmos que o ordenamento jurídico brasileiro sequer adota qualquer patamar

máximo anual, restringindo-se, tão somente, a demarcar a fronteira diária, à luz do art. 59 da CLT, nos mesmos termos do CT português.

Como no caso dos aspectos retributivos, questiona-se se limites temporais legalmente fixados são suficientes para garantir a higidez física e psíquica do trabalhador. Trata-se de um debate a ser desvelado sob as óticas da psicodinâmica e da medicina do trabalho.

A OIT insiste que o limite de 48 horas semanais, previsto também na Diretiva 2003/88, compreende o limiar do trabalho digno, de modo que a determinação qualitativa do trabalho, na distribuição dos horários, jamais poderia ultrapassar esse limite, para que seja preservada a saúde laboral que, uma vez mais, trata-se de um direito humano fundamental (SILVA, 2013, p. 126).

Independentemente, verifica-se que a revogação do descanso compensatório do trabalho suplementar, anteriormente previsto no art. 229º, 1, do CT, evidencia claro retrocesso à finalidade pedagógica da lei, especificamente quanto ao objetivo de desincentivar a adoção desregrada do trabalho suplementar.

Liberal Fernandes (2012) ressalta que a simples fixação de limite temporal constitui, por si só, um elemento de controle do poder de direção do empregador em face da alta suscetibilidade de utilização do trabalho suplementar em moldes desviantes. O autor destaca que, ainda que taxativos os casos previstos ao uso do trabalho suplementar, é da exclusiva competência do empregador a determinação da respectiva necessidade, revelando-se, por isso, extremamente difícil a sindicalização judicial do exercício desse poder discricionário.

Em decorrência disso, o registro do trabalho suplementar compreende questão crucial no que diz respeito à imanente assimetria informacional do contrato de trabalho. Com efeito, quanto mais claro e acessível o registro da jornada do empregado, mais viável será a fiscalização do cumprimento de seus direitos, seja pelo próprio trabalhador, seja pelos órgãos governamentais competentes. Nesse contexto, salutar a penalidade contida no art. 231º do CT, compreendida no pagamento de 2 horas suplementares por dia de inobservância do registro diário de trabalho suplementar.

Em face do movimento de diminuição do adicional retributivo e da exclusão dos descansos compensatórios pelo trabalho suplementar, bem como em decorrência da previsão de extensos patamares temporais à modalidade, endossa-se a conclusão de António José Moreira (2005, p. 149), anterior, inclusive, à impactante revogação do descanso compensatório previsto no art. 229º, 1, do CT, no sentido de que o ordenamento jurídico português não tem cumprido a função desincentivadora, resultando, na prática, na utilização desmedida da figura, em expediente dedicado a evitar “que as empresas engordem os seus recursos humanos”.

Aliás, o autor assinala que o compromisso pedagógico da legislação portuguesa, nessa matéria, limitou-se à vigência do Decreto-Lei 398/91, que estipulava descontos progressivos à segurança social. Destaca-se que a posição do autor não leva em conta a relevante revogação do descanso compensatório previsto no art. 229º, 1, do CT.

Destrinchadas, portanto, as formas de flexibilização interna do tempo de trabalho no ordenamento jurídico português ressaltam-se duas importantes figuras decorrentes do processo externo de flexibilização temporal, a saber, os contratos de trabalho a tempo parcial e intermitente.

Nos termos do art. 150º, 1, do CT/2009, o contrato de trabalho a tempo parcial compreende um período de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável.

Não obstante as potencialidades desse tipo contratual, Portugal não acompanhou a evolução do trabalho a tempo parcial, tal como ocorrera nos países escandinavos . A baixa adesão tem sido atribuída a múltiplos fatores, como o conservadorismo empresarial, a falta de interesse das entidades sindicais, a precarização ínsita a esse tipo de contrato. Com efeito, a maior incidência do *part-time*, sobretudo, nos países do sul da Europa, tem se dado no setor de serviços, notabilizado por postos com baixa qualificação e remuneração (ALVES, 2011, p. 242; GOMES, JÚLIO, 2001).

Controverte-se acerca da viabilidade econômica da modalidade. À míngua de resultados empíricos robustos a atestar maior produtividade dos trabalhadores a tempo parcial, pesa sobre a espécie a maior oneração direta, comparativamente aos trabalhadores vinculados ao tipo ordinário de contrato de

trabalho. Nesse ponto, extrai-se da doutrina a equivalência de custos diretos, indiretos e quase-fixos.⁵⁹

Esse fato se explicita ainda mais quando se confronta as políticas de emprego baseadas no fomento ao trabalho a tempo parcial. Ainda que o velho brocardo “trabalhar menos para trabalharem todos” não se tenha perdido sentido, verifica-se que os resultados oriundos de medidas como essas indicam que o ganho com a ocupação de postos não é diretamente proporcional à redução da jornada de trabalho.

Não obstante, o ordenamento jurídico português tem comportado um movimento tendencialmente incentivador ao trabalho a tempo parcial. Remonta-se ao Decreto-Lei 409/71 as primeiras orientações legais acerca da retribuição proporcional à prestação de trabalho temporalmente reduzida, ainda que restrita à proteção à parentalidade. A instituição de regime jurídico específico advém com a Lei 4/84, a cuidar da relação profissional dos artistas de espetáculos. Posteriormente, já sob a influência da Diretiva 97/81/CE, que assentou as diretrizes gerais acerca da matéria, a Lei 103/99 transpõe ao ordenamento jurídico interno a regulamentação geral, posteriormente sistematizada e aprimorada nos Códigos Trabalhistas que se seguiram.

O CT/2009 passou a prever o contrato de trabalho a tempo parcial como modalidade contratual autônoma, não mais se limitando a aspectos quantitativos da jornada praticada (ALVES, 2011, p. 241; CAMANHO, 2003, p. 216; LEITÃO, 2012; RAMALHO, 2014, p. 358), não obstante as pesadas críticas direcionadas por parte da doutrina⁶⁰.

A mensagem do legislador português foi no sentido de que a mera atribuição da proporcionalidade retributiva não atendia às peculiaridades da prestação de serviços em jornada parcial. A aplicação de uma proporcionalidade aritmética fazia sentido, por exemplo, em um universo em que se verificava uma distribuição uniforme e comum do tempo de trabalho. Ademais, mesmo a retribuição apresenta estrutura complexa, que não varia somente em razão do tempo de trabalho, mas também em

⁵⁹ Cf. Alves (2011) e Euwals; Hogerbrudgge(2004).

⁶⁰ Por todos, Pedro Romano Martinez (2017, p. 561–562).

decorrência das funções e da qualidade da prestação do trabalhador. (GOMES, JÚLIO, 2001, p. 84)

A outra mudança de relevo se deu com o fim do limite de 75% na delimitação do trabalho a tempo parcial (teto esse que se mostrava em descompasso com a Diretiva 97/81/CE e com a Convenção 175 da OIT), bem como com a introdução do critério da anualidade – expressão da flexibilização interna da figura –, que logrou relativizar a referência semanal anteriormente consagrada.

Essa ampliação do parâmetro temporal compreende fonte de grande controvérsia na doutrina e ponto de resistência por parte das associações sindicais, na medida em que permite o estabelecimento de períodos semanais desiguais de labor, alterando a rotina de vida do empregado, em aparente descompasso com os fins atribuídos à figura, notadamente às ideias de pluriemprego, convívio familiar e partilha de postos de trabalho.

Outro ponto de relevo na incidência prática da figura assenta-se na compreensão das situações de trabalho comparáveis com as exercidas pelo trabalhador *part-time*. O número 4 do art. 150º do CT elenca os elementos objetivos a serem considerados na equiparação, relativamente ao conteúdo da prestação, a saber, idêntico trabalho, no mesmo estabelecimento ou, na sua falta, em outro estabelecimento da mesma empresa, devendo ser levadas em conta a antiguidade e a qualificação. Afora os critérios legais, deixa o dispositivo ao dispor da negociação coletiva fixar parâmetros outros que atendam às peculiaridades das empresas/atividades respectivas, sem que se desconsidere, em qualquer hipótese, os fatores antiguidade e qualificação.

O destaque legal ao tempo na empresa e aos conhecimentos gerais e específicos detidos pelo empregado, inédito na regulamentação do Contrato de Trabalho a Tempo Parcial Português, corresponde a um realinhamento à Diretiva 97/81/CE. Nos termos da cláusula 3 da diretiva comunitária, a identificação do trabalho comparável deve se dar de maneira escrupulosa e próxima, quando se apresente factível, recorrendo-se a critérios mais abertos (convênio aplicável, legislação, convênios em geral, ou práticas nacionais) quando não sejam possíveis os mais imediatos (BLANPAIN, 2010; MARTÍNEZ, 2000, p. 34).

Ao lado do primado da voluntariedade, o princípio da igualdade substancial integra as bases fundantes do regime de trabalho a tempo parcial por meio dos desdobramentos compreendidos pelos ditames da não-discriminação e da proporcionalidade e equivalência retributivas.

A maioria da doutrina e a jurisprudência partiram da ideia de que, no silêncio da lei, acordos coletivos ou outra norma aplicável, as correções ao princípio da equiparação por parte da proporcionalidade em atenção ao tempo trabalhado fundam-se no princípio da igualdade de trato, exigido na própria constituição. (FRANCO, 2000)

Em seu art. 152º, o diploma laboral excepciona o princípio da não-discriminação, direcionando comando às normas coletivas para que estabeleçam, na admissão do trabalho a tempo parcial, a preferência por trabalhadores em situação de franja ou com responsabilidades familiares e acadêmicas. Não obstante o mérito do intento inclusivo baseado na discriminação positiva dos trabalhadores à margem do mercado de trabalho, o direito de preferência estabelecido no CT apresentar-se-ia melhor aparelhado se estivesse conjugado com incentivos diretos ao empregador, a exemplo dos benefícios fiscais implementados na revogada Lei 103/99.

Seguindo adiante na deontologia do trabalho a tempo parcial, depara-se com a forte influência da proporcionalidade e da equivalência dos direitos laborais. Esses dois desdobramentos do princípio da igualdade compreendem as bases preponderantes do regime, os elementos que os destacam do contrato de trabalho a tempo completo e demais formas contratuais atípicas.

Trata-se de forças contrapostas e harmônicas do sistema, aonde uma avança, a outra recua, sempre com vistas à equidade no trato dos trabalhadores.

O princípio da proporcionalidade abrange, em geral, as parcelas retributivas e os direitos divisíveis dos empregados. Toda a parcela do patrimônio jurídico do trabalhador que estiver atrelada ao tempo efetivo de trabalho sujeita-se ao pagamento correspondente à respectiva jornada, normalmente vinculado ao conceito de salário-hora.

Considerando o perfil do trabalhador *part-time* europeu e, especificamente, o português, caracterizado por baixos salários e pouca qualificação,

atrelado ao setor de serviços (GOMES, JÚLIO, 2001, p. 60), releva analisar a incidência do princípio da proporcionalidade sobre a retribuição mínima garantida na Constituição Portuguesa.

Ao mesmo tempo em que a CRP proclama que a retribuição do trabalho relaciona-se com a sua “*quantidade*, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual, salário igual” (grifo nosso), o mesmo art. 59º, 1, a) dispõe, em sua parte final, que o salário destina-se a “garantir uma existência condigna” do trabalhador. Por sua vez, à luz do art. 59º, 2, a), do texto constitucional, compete ao Estado

[o] estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento.

Há muito a doutrina se debruça sobre a questão do salário mínimo, sua finalidade, seu impacto, etc. Porém, mostra-se incontroverso que o direito de todos ao trabalho (art. 58º, 1, da CRP) deve ser entendido como o direito ao trabalho digno, aí compreendida a percepção de uma retribuição que garanta ao trabalhador não apenas a sua subsistência, mas a sua afirmação enquanto ser social. Nesse ponto, emerge o compromisso de toda a sociedade de garantir as condições mínimas para que todo o cidadão persiga a sua própria felicidade.

Não obstante o instrumento do salário mínimo tenha por fim garantir essa existência digna do trabalhador mediante a criação de uma barreira, um patamar civilizatório mínimo, não se testemunha esforço doutrinário ou jurisprudencial consistente em estabelecer limites ao avanço da proporcionalidade sobre a retribuição mínima constitucional, apesar do recado do próprio Poder Legislativo Português nesse sentido (conforme se infere dos arts. 184º, 2, a), e 305º, 1, a) do CT).

No acórdão de 19 de Outubro de 2015, o Tribunal da Relação do Porto deixou exposto que o salário mínimo nacional vincula-se à jornada de trabalho integral, sujeitando-se a ativação laboral parcial à proporcionalidade retributiva.

A negação à equivalência do salário mínimo entre as diferentes categorias de trabalhadores tem sido a resposta encontrada. No entanto, a questão é

complexa e merece maior desenvolvimento pela comunidade epistemológica, sobretudo em razão do potencial impacto ínsito à prática do Contrato a Tempo Parcial predominantemente em cargos de baixa estatura, notadamente quanto ao impulsionamento do pluriemprego crítico, com o reforço ao efeito-substituição que traz em si, e o consequente risco de redução dos períodos de descanso e alimentação do trabalhador.

O ponto de virada na afirmação do trabalho a tempo parcial enquanto contrato específico, e não um mero desdobramento do pacto laboral comum, deu-se muito em função do reconhecimento de parcelas equivalentes entre aqueles empregados e os que se ativam em jornada plena. À medida que se passou a compreender que alguns direitos trabalhistas, por sua natureza indivisível ou sua desconexão com a jornada praticada, não se equalizavam plenamente com a aplicação desmedida da proporcionalidade, legislações e tribunais passaram a se amparar no princípio da equivalência como instrumento de combate às distorções e aos problemas de descoordenação até então enfrentados no trato do Contrato a Tempo Parcial.

Após a formalização do acordo-quadro por meio da Diretiva 97/88/CE, as legislações nacionais europeias passaram a consagrar que o trabalhador a tempo parcial é titular de direitos e deveres que não estejam ligados à duração do trabalho, na mesma medida detida pela generalidade dos trabalhadores a tempo completo em situação comparável, tais como férias e descanso semanal remunerado (MELLO, 2001).

O ordenamento português não fugiu à tendência, assinalando a equivalência de direitos como férias, auxílio-refeição, benefício acidentário e crédito de horas dos representantes dos trabalhadores.

A voluntariedade da modalidade é fonte de grande preocupação no trato do tempo de trabalho nas relações laborais. Trata-se de uma faceta da liberdade contratual, a qual, ao lado do princípio da igualdade, restou acentuadamente destacada na Diretiva 97/81/CE e posteriormente transposta no ordenamento jurídico português. De acordo com a diretriz comunitária, o Contrato de Trabalho a Tempo Parcial deve ser levado a efeito sobre as bases da voluntariedade, sempre como resultado do acordo mútuo de vontade das partes (art. 1º, alínea b)).

No ordenamento espanhol, exclui-se do regime de trabalho a tempo parcial a alteração involuntária do tempo de trabalho (arts. 37.5, 41 e 47 do ET).

No regime do trabalho a tempo parcial português, vislumbra-se o resguardo da liberdade contratual das partes, na medida em que não pode ser de qualquer modo suprimida a voluntariedade por negociação coletiva (art. 151º). A exemplo disso, entende-se que a alteração unilateral do contrato (afora as exceções legais destacadas) corresponde justo motivo para a rescisão indireta do contrato de trabalho⁶¹.

A possibilidade de prestação de trabalho suplementar no regime do *part-time* compreende outro grande foco de preocupação e fonte de acirradas controvérsias no estudo da organização do tempo de trabalho.

O art. 228º, 1, c), do Código do Trabalho Português permite a ativação suplementar do trabalhador a tempo parcial, desde que limitada a 80 horas por ano, teto que pode ser ampliado por acordo individual escrito em até 130 horas, ou por IRCT, a 200 horas/ano. Para além dos acréscimos eventuais de trabalho, única situação permissiva à ativação em jornada suplementar dos *part-timers*, essa elevação por IRCT pode ser levada a efeito inclusive para atender outros motivos, como os decorrentes de força maior ou nos eventos em que a diligência se mostre indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para a sua viabilidade (art. 227º, 2, do CT). (MELLO, 2001, p. 349)

Nos países vizinhos, não se verifica uniformidade no tratamento da questão. A Itália permite a submissão do trabalho suplementar aos empregados a tempo parcial apenas mediante previsão em negociação coletiva⁶²; na Espanha, somente por força maior ou em caráter complementar, ou seja, quando a jornada agregada não coincida com, ou exceda, a jornada praticada a tempo completo (a parcela difere-se, nesse caso, da jornada extraordinária, para compreender verdadeiro banco de horas a disposição do empregador (DAL-RE, 2000, p. 144)); o *Code du Travail* Francês permite, assim como o CT português, a pactuação do trabalho de natureza suplementar

⁶¹ Conforme Acórdão do STJ, no Processo 2587/2008, 4ª. Seção, de 30 de Setembro de 2009.

⁶² Por força do Decreto-Lei 726/84, convertido, com modificações, na Lei 863/84. A respeito da evolução legal italiana nesse ponto, consultar Marco Antônio Cesar Villatore (1999).

dos *part-timers*, porém, na razão máxima de 10% do total de horas trabalhadas semanal ou mensalmente, salvo o disposto em negociação coletiva, que pode aumentar o limite legal a um terço das horas trabalhadas⁶³.

O art. 228º, 1, c), do diploma laboral português, ao contrário, peca pelo excesso de flexibilidade. À medida que o empregador passa a deter uma reserva horária (espécie de banco de horas) para dispor quando lhe aprouver, o *part-time* perde o seu traço marcante, consoante ao grau de previsibilidade da jornada de trabalho a ser prestada. Essa indeterminação implica, consequentemente, três desdobramentos críticos: a) restringe a autonomia do trabalhador para buscar uma atividade regular fora da relação contratual a tempo parcial; b) acentua a já aguda confusão de regimes, haja vista a colisão com o tipo intermitente de trabalho, agora também sob a modalidade sob chamada; c) desincentiva a partilha de postos de trabalho.

Esse grau de flexibilização da organização do tempo de trabalho configura um dos nós górdios do Direito do Trabalho atual, tendo em vista a crescente imersão do poder diretivo do empregador nos tempos livres do trabalhador.

Outra expressão da flexibilização externa consiste no contrato de trabalho intermitente, incorporado no ordenamento jurídico português já em 2009, na sequência de outras legislações europeias, notadamente a alemã, que inspirou o disposto no art. 157 e seguintes do CT. A rigor, o contrato de trabalho intermitente já encontra previsão legal desde a edição da Lei 4/2008, a qual, no entanto, tem aplicação restrita aos profissionais de espetáculo. Destaca-se que o regime especial da referida norma mostra-se menos flexível do que aquele advindo do CT/2009.

Trata-se de tipo contratual que compreende a prestação de serviços intercalada por um ou mais períodos de inatividade nas empresas que exerçam atividade descontínua ou de intensidade variável.

Busca-se aliar o interesse do empregador, consistente na adaptação da mão de obra ao ciclo produtivo da empresa, com o do trabalhador, mediante a continuidade do vínculo de emprego por tempo indeterminado, além da possibilidade de exercício de outra atividade remunerada.

⁶³ Cf. Villatore (1999).

Do regime jurídico da figura extrai-se como requisito essencial a variabilidade estrutural e previsível da atividade, compreendida pela sujeição a picos de produção não episódicos ou eventuais.

Essa previsibilidade, no entanto, mostra-se relativa, na medida em que a lei prevê a intermitência na modalidade alternada e “sob chamada” (ou “à chamada”). A primeira forma é ditada pelo ritmo previsível da intermitência, muito comum, por exemplo, na atividade de comércio, em que a procura aumenta em datas comemorativas. Por outro lado, o contrato de trabalho intermitente “sob chamada” se pactua em um contexto de previsibilidade aproximada do ciclo produtivo. O *quando* da prestação não mais está previsto no contrato, mas depende de convocatória do empregador. Nesse caso, por disposição legal, o aviso prévio não deve ser inferior a 20 dias.

Nesse ponto, a doutrina portuguesa costuma destacar o risco de confusão decorrente da proximidade do contrato intermitente com outras figuras jurídicas, tal como o multicitado trabalho a tempo parcial, o contrato a termo decorrente de pico sazonal (art. 140º, 2, e)) e o contrato por tempo indeterminado para cedência temporária (art. 172º, b)). Discriminados os tipos e formas contratuais, cuja distinção ora se mostra mais sutil ora mais evidente, grande se mostra o risco de promiscuidade entre as figuras, e até de sobreposição estratégica em detrimento do contrato intermitente, mediante a exclusão da compensação retributiva pela inatividade. Nesse contexto, João Leal Amado (2014) chama a atenção para o esvaziamento da garantia da segurança no emprego.

A conformação do contrato de trabalho intermitente nas balizas dos princípios comezinhos do Direito do Trabalho implica na consideração da uma intermitência razoável, de forma a atender aos picos produtivos da empresa e não submeter o trabalhador a períodos excessivos de inatividade. Afinal, insere-se no interesse do Estado o combate à ociosidade excessiva do trabalhador, ainda que remunerada pelo empregador. Aqui, o legislador foi precavido ao implementar um patamar mínimo de prestação efetiva de serviços por, pelo menos, 6 meses ao ano, sendo 4 deles consecutivos.

Há de se destacar, ainda, dentre os direitos do trabalhador intermitente a referida compensação retributiva pela inatividade – na base de 20%, sem prejuízo da

previsão de uma gratificação superior em IRCT – e os subsídios de férias e natalino – remunerados pela média anual. Verifica-se que a sistemática geral foi mais restritiva nesses pontos, deixando, inclusive de conceder tratamento especial à compensação retributiva dos trabalhadores à chamada, em função da maior indeterminação do período inativo, conforme se aduz da Lei 4/2008, dos Artistas de Espetáculos.

Por fim, destaca-se o direito ao pluriemprego na inatividade, abertura recorrente no CT de 2009 mas que, na forma de trabalho intermitente, encontra obstáculos de ordem fática e jurídica. À luz da doutrina de João Leal Amado (2014), a indeterminação da prestação de serviço na modalidade *à chamada* e o dever de lealdade, concebido sob a dimensão de dever de não-concorrência (art. 128, 1, f)), configuram elementos incompatíveis com a assunção de contrato de trabalho simultâneo.

Nesse contexto, diverge, ainda, a doutrina a respeito da possibilidade de previsão de cláusula de exclusividade no contrato de trabalho intermitente. A corrente voltada ao cabimento da exclusividade concede interpretação *contrario sensu* da cláusula geral de não-concorrência (art. 136, 1), atentando para a necessidade de justa motivação e retribuição⁶⁴. No entanto, para aqueles que afastam a sua incidência, o fundamento reside na manutenção do dever de lealdade no período de inatividade (AMADO, 2014; CARVALHO, 2011).

Como se verifica, os contratos de trabalho a tempo parcial e intermitente configuram evolução da concepção trabalhista moderna, que se adéquam ao novo modelo produtivo, não mais estatizado em demandas homogêneas. A adequação da distribuição do tempo de trabalho, no entanto, não deve implicar na desagregação do empregado de seus núcleos sociais.

A conformação prática do modelo deve contar com incentivos estatais para primar a partilha de postos de trabalho, e, principalmente, o não esfacelamento dos períodos de não-trabalho dos trabalhadores.

Em suma, a flexibilização externa e interna das relações de trabalho deve envolver os diferentes atores sociais, incluindo-se o Estado como propulsor dos incentivos adequados à viabilização das diversas formas de contratação previstas no

⁶⁴ Por todos, Maria do Rosário Palma Ramalho (2014, p. 371).

ordenamento interno, sob pena de que tais modelos sejam impulsionados tão somente pela mera economia de custos empresariais.

3.3 *Síntese comparativa*

Ressalta das duas realidades jurídicas a afinidade político-jurídica de seus regimes constitucionais, em decorrência principalmente da recente ruptura com longos regimes ditatoriais e a consequente adesão ao projeto de Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, revelam-se como traços comuns o caráter analítico de seus textos magnos, a ampla garantia de direitos de liberdade e sociais, a tutela dos direitos fundamentais mediante a previsão de cláusulas abertas, dotadas de eficácia horizontal e insuscetíveis de supressão.

No caso brasileiro, o paradoxo capitalista encontra expressão normativa direta no texto do art. 1º, IV, da Constituição Federal, que logrou elevar ao status de fundamentos da República Brasileira os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Em complemento, procurou o legislador constituinte estabelecer um equilíbrio a essa relação mediante a inserção de amplo rol de direitos sociais (art. 6º e seguintes), sem se olvidar de consagrar os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 e seguintes).

No âmago dos direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º), destacam-se normas expressas atinentes à duração do trabalho, seguindo a lógica tutelar da saúde e segurança no trabalho, delineada na interpretação combinada dos arts. 7º, XXII, 196, 197 e 200, II, da CF. Entre normas eminentemente operativas, imperativas e de mandato, extrai-se a delimitação de jornada diária de trabalho, turnos ininterruptos de revezamento, descansos semanais remunerados, retribuição pela sobrejornada, além da consagração da autonomia negocial dos entes coletivos, por meio inclusive da autorização à redução e à compensação da jornada e à transação envolvendo benefícios de indisponibilidade jurídica relativa.

Em âmbito infraconstitucional, as relações de trabalho brasileiras tem sua ordenação geral ditada pela Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, a qual, por não representar uma codificação em si, alberga uma pluralidade de normas jurídicas

cuja concepção e vigência compreendem momentos e objetivos ocasionalmente díspares. No entanto, apura-se a regulação da duração do trabalho essencialmente em capítulo próprio, complementada por alguns dispositivos esparsos.

A Lei 13.467/2017, que operou a revisão do texto consolidado, caracterizou-se por propor maior protagonismo coletivo, através da superação do legislado pelo negociado, bem como a desvinculação da normativa temporal do trabalho da proteção à saúde e segurança no trabalho, em contraposição ao que se concebera até então na doutrina e na jurisprudência pátrias.

A propósito, atribui-se à jurisprudência brasileira papel de vanguarda na conformação do Direito do Trabalho com a sistemática de valores sociais constitucionalmente consagrada. A consolidação de orientações interpretativas atinentes às figuras da prontidão, do sobreaviso e dos turnos ininterruptos de revezamento é um exemplo expressivo do papel da hermenêutica empregada modernamente nos tribunais trabalhistas brasileiros.

Como se vê, os mecanismos flexibilizatórios implantados nos últimos 20 anos, ao romper com a lógica de promoção do trabalho mediante a consagração da proteção da saúde e segurança do trabalhador (a exemplo do aumento da jornada diária, semanal e mensal, com o prolongamento de módulos de referência temporal, especificamente no que se refere à figura do banco de horas, o evanescimento do conceito de tempo de trabalho com a exclusão do cômputo das horas *in itinere*, assim como a relativização e a desproteção dos intervalos intrajornada), implicaram no sensível comprometimento da sistematicidade da normativa do tempo de trabalho brasileira.

Por sua vez, enquanto no plano constitucional, o conflito capital x trabalho impulsionado pela manutenção do sistema econômico capitalista, e evidenciado na dicotomia do art. 1º, IV, da Constituição Federal, encontra equilíbrio com a promoção da livre iniciativa simultaneamente à ampla tutela conferida aos direitos fundamentais individuais e sociais, especialmente os trabalhistas, infraconstitucionalmente, verifica-se que a sistemática brasileira, apesar de carregada por uma consolidação de normas esparsas cuja unidade com as normas superiores restou abalada com as reformas recentes, apresenta certa coerência na regulação dos tempos de

trabalho e de não-trabalho, na medida em que não alberga lacunas substanciais à aplicação concreta de seus dispositivos.

O cenário português, por seu turno, conta com uma Constituição que salvaguarda substancial proteção aos direitos sociais trabalhistas sob o pano de fundo da economia sustentada de mercado e a consequente regulação do Estado na iniciativa privada.

Aspectos afeitos à temática temporal do trabalho encontram lugar na ordem constitucional, com ênfase nos tempos de não-trabalho, à luz da garantia disposta no art. 59º, 1, b), relativamente ao “repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas”. Soma-se a esse comando específico o denso arcabouço voltado à conformação da matéria, haja vista a promoção da personalidade, da família e da saúde, mediante a conciliação da vida privada e profissional (art. 59, 1, b) c/c arts. 26, 36 e 64 da CRP).

A legislação estruturadora das relações temporais portuguesa compreende-se no Código do Trabalho, que em 2003 e, posteriormente, em 2009, consignou o intento do legislador de, inicialmente, sistematizar as leis trabalhistas do país, e assim, corrigir incoerências, conceder maior segurança jurídica à sociedade civil e econômica e promover o acirramento da competitividade das empresas nacionais no cenário externo típico do movimento de abertura dos mercados, na medida em que o CT ora vigente resultou do conturbado período que se seguiu à crise financeira americana e das adequações jurídicas propostas em âmbito comunitário.

A normativa do tempo de trabalho concentra-se analiticamente, e com minudência de detalhes, em sessão específica do Código, sem prejuízo das disposições esparsas eventualmente incidentes. Tal sistemática retrata o constante número de revisões legislativas ocorridas nos últimos vinte anos, a incidir sobre questões como intervalos, jornada, regimes de adaptabilidade, banco de horas, horário concentrado, isenção de horário, turnos de revezamento, trabalho noturno e suplementar, contrato a tempo parcial e intermitente, etc. Dessas revisões, ressalta-se pelo impacto na flexibilização dos tempos de trabalho aquela proporcionada pela Lei 23/2012, em que se logrou implementar o acordo de disponibilidade grupal e individual, a redução da

retribuição pelo trabalho suplementar e a extinção do respectivo descanso compensatório.

Com efeito, as flexibilizações da sistemática jurídico-temporal do labor operadas nos últimos vinte anos em Portugal lograram dar novos parâmetros à fronteira entre trabalho e não-trabalho por meio do reconhecimento e ampliação de figuras que logram estender a prestação diária e semanal de trabalho - ainda que, em algumas hipóteses, salvaguardada a prestação mensal limítrofe -, na medida em que modificou sobremodo a rotina de trabalho do obreiro, comprometendo amiúde os ritmos fisiológicos e os vínculos sociais.

A legislação infraconstitucional não se mostra, portanto, alinhada à promoção da personalidade do trabalhador mediante a tutela da família, do repouso, do lazer e da conciliação da vida familiar e profissional. Não obstante o relevante anseio ao fomento do emprego, verifica-se que as iniciativas legais experimentadas nos últimos vinte anos rompem laços importantes do Direito Laboral, sobretudo no que concerne ao tempo de trabalho, não se coadunando, pois, com a realidade constitucional vigente.

Não obstante a ausência de antinomias agudas no universo de normas estudado, verifica-se que a previsão de uma panóplia de exceções, sobretudo, aos limites de jornada e incidência de descansos, bem como a concepção excessivamente pluralizada de medidas de flexibilização interna do contrato de trabalho comprometem a segurança jurídica e a própria segurança no emprego, haja vista a extrema relativização dos parâmetros legais e a potencialização de sobreposição de regimes jurídicos, respectivamente.

Confrontando-se o panorama dos microssistemas jurídicos de regulação do tempo de trabalho dos dois países, é possível vislumbrar a proximidade das duas realidades, ressalvada a existência de óbvias peculiaridades.

O movimento flexibilizatório pelo qual encampou as relações trabalhistas em todo o globo nos últimos 20 anos, com maior ênfase após a crise financeira de 2008, logrou impactar a unidade jurídica das duas nações especialmente no que se refere à normativa do tempo de trabalho. Considerando-se que as realidades constitucionais socialmente atomizadas das duas nações permaneceram inabaladas em suas respectivas

estruturas, verifica-se que as alterações legislativas efetuadas no período entraram em dissonância em maior ou menor medida com a lógica hierárquica pré-estabelecida.

Ao contrário da normativa do tempo de trabalho no Brasil, o CT português alberga conjunto considerável de normas de natureza declarativa. Para além da delimitação, também constante na CLT, do que se considera tempo de trabalho, o Código compreende ainda a caracterização expressa dos conceitos dos períodos normal de trabalho, de descanso e de funcionamento, bem como de horário de trabalho.

Na tipologia relativa a aspectos pragmáticos envolvendo a duração do trabalho, também se verifica maior concisão do texto consolidado brasileiro devido principalmente pela maior abrangência da Constituição Brasileira, haja vista a previsão expressa, em seu art. 7º, de limites de jornada, turnos de revezamento e regimes de compensação. A maior amplitude do CT, nesse aspecto, se destaca também pelo maior número de concessões pontuais aos limites de jornada, fato que suscita a crítica consoante a menor assimilação dos tempos de trabalho, aumento da assimetria de forças na relação trabalhista e, portanto, do risco do descumprimento da jornada legal.

No que se refere à regulação dos descansos, compreendidos como os períodos de não-trabalho detentores de proteção jurídica especial, persiste o maior detalhamento do sistema português ao abarcar maiores consequências jurídicas nesse contexto (p. ex., a negociação de repouso semanal complementar e a vedação da incorporação do descanso semanal complementar ao obrigatório), assim como ao realizar maior número de concessões legais (p. ex., a possibilidade de acordo coletivo envolvendo a supressão do intervalo intrajornada e a dispensa do intervalo interjornadas ao trabalhador isento de horário e àquele submetido a jornada suplementar por motivo de força maior ou em virtude de necessidade inadiável do serviço).

Quanto às férias, verifica-se que os dois sistemas abarcam regulação pormenorizada dos respectivos aspectos formais e pragmáticos, ressaltando-se, por sua vez, maior grau de proteção desse direito na ordenação portuguesa, tendo em vista a indisponibilidade como regra e o pagamento triplicado pelo óbice à respectiva fruição, hipóteses estas atenuadas na sistemática brasileira.

Ainda nessa tipologia, acentua-se nas duas realidades o escalonamento da proteção dos períodos de repouso conforme o grau de restabelecimento proporcionado.

Segue-se, aqui, a lógica da correspondência direta entre o lapso temporal livre do trabalhador e a sua recomposição física, psíquica e espiritual decorrente do descanso e da inserção social, cultural e política).

No âmbito da regulação das medidas de flexibilização interna, destaca-se no Brasil o papel da jurisprudência no trabalho de conformação das figuras da prontidão e do sobreaviso, bem como dos turnos ininterruptos de revezamento, carentes de previsão legal abrangente. Quanto ao mais, verifica-se em ambos os sistemas o resultado dos influxos neoliberais no alargamento da autonomia privada das partes, não apenas coletiva, relativamente à pactuação e delineamento de medidas flexíveis de trabalho. As alterações levadas a efeito nos últimos vinte anos foram responsáveis ainda por ensejar o aumento da disponibilidade do trabalhador ao respectivo poder diretivo, bem como a maleabilidade dos limites semanais e mensais de jornada.

Nesse ponto, destaca-se, em ambas as realidades jurídicas, a concepção de figuras responsável por proporcionar uma relação gradual de flexibilização dos períodos semanais e mensais de trabalho. Come feito, à medida que o horário concentrado português e as figuras análogas albergadas no Brasil, como o regime 12x36 e as escalas 4x2, 5x1, etc., conferem preocupação com o limite mensal de jornada, na adaptabilidade e no banco de horas brasileiro se propõe resguardar um patamar horário médio, embora alargado. Por fim, verifica-se no banco de horas português o evanescimento acentuado desses limites.

Especificamente no âmbito português, o alargamento da figura do trabalho suplementar é tributário da Lei 23/2012, normativo que cuidou da redução do adicional retributivo à espécie, além de extinguir os respectivos descansos compensatórios. Como alento, aduz-se a previsão de um limite anual de horas suplementares – o qual, embora alargado, não encontra paralelo na legislação brasileira –, e a pesada penalidade pela inobservância do registro do trabalho prestado além do horário normal, coerção também não albergada na CLT.

Por fim, a tipologia compreendida pelo fenômeno da flexibilização externa do contrato de trabalho típico, correspondente, sob a ótica do tempo de trabalho, aos contratos de trabalho a tempo parcial e intermitente, comporta não apenas posituação, mas experiência prática recente nas duas realidades estudadas.

Quanto ao trabalho a tempo parcial, a pouca adesão pelo empresariado e o caráter exíguo da normativa brasileira comprometem sobretudo uma análise comparativa mais acurada entre os sistemas. Pode-se acentuar, por sua vez, o caráter mais abrangente da regulação portuguesa, fruto principalmente da influência normativa comunitária, compreendendo-se a delimitação da figura sob um patamar horário mais alargado, inclusive sob parâmetros anuais, a ampla autonomia negocial das partes, o fundamento no primado da igualdade substancial – aí albergados os princípios da não-discriminação, proporcionalidade e equivalência –, assim como a fixação de critérios legais normativos para o estabelecimento de situações comparáveis entre os diferentes tipos de empregados. A CLT, por sua vez, limita-se a conceituar a figura sob dois limites temporais claros, além de prestigiar a equivalência das férias e a proporcionalidade retributiva.

A prestação de trabalho suplementar no âmbito do trabalho a tempo parcial encontra-se autorizada em ambos os sistemas, embora restrita a uma das duas opções dispostas na CLT. Em comum, ainda, às duas realidades, ressalta-se a referida proporcionalidade retributiva e a voluntariedade do contrato – na medida em que se mostra ilícita a transmutação unilateral do contrato a tempo integral pelo empregador.

O trabalho intermitente também se assenta sobre a ampla autonomia das partes, além de implicar, nos dois universos jurídicos, alta flexibilidade e incerteza quanto aos períodos de trabalho e não-trabalho. Atenta-se aqui para a previsão, pela CLT, de intermitência sob base horária, a potencializar o aumento da adstrição do obreiro ao trabalho. Por outro lado, verifica-se a preocupação, tanto no CT quanto na CLT, mesmo após o fim da vigência da MP 808/2017, quanto a períodos excessivos de inatividade, salvaguardando-se a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho.

Cumprir destacar o grau mais acentuado de flexibilização do contrato intermitente brasileiro. Na comparação com a regulamentação contida no CT, apenas a inatividade se reproduz na CLT, ainda que sem a relevante compensação retributiva. Inexiste na legislação consolidada a vedação à coabitação contratual e a restrição a atividades estruturalmente variáveis. Ressalta-se, ainda, a estipulação, no ordenamento brasileiro, de diminuto aviso prévio entre a convocação e a prestação, a acentuar a já alta disponibilidade inerente à figura.

Uma vez que a CRP logrou, no que tange à temática do tempo de trabalho, permitir maior margem de atuação do legislador infraconstituente, verifica-se menor comprometimento da concepção unitária do sistema português quando comparado aos impactos sentidos pelo processo flexibilizatório legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado pelo caráter analítico da tutela constitucional dos tempos de trabalho e de não trabalho, bem como o enfoque outorgado a uma verdadeira política de saúde pública envolvendo tal normativa. Não obstante, não se descarta o aparente abalo da proteção constitucional portuguesa dos tempos de trabalho, na medida em que a maior maleabilidade da jornada obreira contrapõe-se frontalmente ao compromisso de promoção da personalidade por meio, principalmente, da conciliação da vida profissional com a privada.

Relativamente à coerência sistêmico-normativa, verifica-se que nenhum dos ordenamentos apresenta antinomias substantivas, mesmo com as reformas operadas nas respectivas legislações trabalhistas. Ressalva-se, no entanto, o comprometimento da segurança jurídica na sistemática portuguesa consequentemente à previsão de acentuadas exceções legais sobretudo quanto a limites de jornada e períodos de repouso, bem como em decorrência da pluralidade de medidas flexibilizatórias e o consequente risco de sobreposição das figuras.

Conclusões

O desenvolvimento do Direito do Trabalho posteriormente ao movimento de reestruturação produtiva toyotista notabilizou-se pela desestabilização do emprego e dos tempos de trabalho, e sob o forte apelo à competitividade das empresas, fruto do ideário neoliberal de abertura dos mercados.

Esse rearranjo ainda encontra limites no sistema constitucional vigente em Brasil e Portugal, bem como na maioria dos países de tradição romano-germânica, porquanto calcado no Estado Democrático de Direito, na centralidade no trabalho e nos direitos sociais como mecanismos de promoção da dignidade humana.

Do alvorecer do neoliberalismo, após os anos 70, até a cisão ocorrida com a crise financeira de 2008, testemunhou-se a redução do papel do Estado na regulação dos mercados e na execução dos serviços públicos e o aumento do endividamento público frente ao crescimento de verdadeiros impérios multinacionais.

Não obstante, a ofensiva sobre os custos do trabalho como medida de promoção da competitividade das empresas – em detrimento dos objetivos de desenvolvimento econômico e do pleno emprego – dá sinais de desgaste do Direito do Trabalho como instrumento de progresso social. Configura-se, aí, a transposição dos limites da influência econômica sobre o Direito, transfigurando-se o ramo justralhista em elemento institucional meramente acessório, ora incumbido de não comprometer as livres trocas de mercado.

Essa sucessão de fatores logrou alterar a concepção jurídica do tempo de trabalho, dotando-o de maior individualização e porosidade, relativamente aos descansos. Consequentemente, a dicotomia clássica entre os períodos de repouso e o tempo de trabalho (período de serviço efetivo e tempo à disposição) passa a comportar uma zona cinzenta cuja discriminação se identifica a uma maior adstrição do trabalhador às atividades produtivas, haja vista a ausência de cômputo de determinados períodos de inatividade da jornada de trabalho (como as atividades preparatórias e as horas *in itinere*, do direito brasileiro).

Os ordenamentos jurídicos estudados carecem de uma distinção clara dos tempos de não-trabalho (compreendidos pelos períodos de descanso e alimentação), tutelados legalmente, daqueles que os separam da jornada efetiva, desprovidos de qualquer proteção. A consideração de um terceiro gênero de tempo de não-trabalho tem o condão de aprimorar a sistemática de proteção escalonada, objetivando-se, assim, a tutela do núcleo duro dos direitos pertinentes, haja vista a relevância do ócio e do mero repouso no desenvolvimento da personalidade e no restabelecimento físico e psíquico do trabalhador, questões patentes de saúde pública, além do aprimoramento de vínculos familiares, sociais e políticos, do fomento da economia (com o aumento do turismo e do lazer) e da produtividade.

As mudanças levadas a efeito nas relações de trabalho modernas deixam de lado, paulatinamente, o foco no aumento quantitativo do tempo de trabalho e voltam-se, principalmente nas nações economicamente privilegiadas, à exploração sob as dimensões qualitativas, da distribuição e da intensidade.

A primeira responde por uma efetiva heterogeneização dos tempos de trabalho, individualizando-se as jornadas conforme a demanda dos picos produtivos. Sob o aspecto da intensidade, por sua vez, o tempo de trabalho insere-se no conceito de posto de trabalho eficaz e assume múltiplas formas de exploração da mão de obra, a desafiar a incipiência da normatização e da fiscalização, principalmente pela alta abstração que lhe é característica.

O quadro de trabalho intensificado, somado ao desemprego estrutural e à ânsia por competitividade que caracterizam o sistema capitalista moderno, têm constituído o pano de fundo ideal ao aumento das estatísticas de acidentes e de adoecimento de trabalhadores.

Nesse contexto, o processo de flexibilização das relações justralhistas surge com o mote de fomento à reabertura de postos de trabalho, necessidade latente após os impactos da crise do petróleo e subsequentes desarranjos econômicos. Assim, se, por um lado, a redução da rigidez do sistema jurídico laboral figurou como semente para o estancamento da desocupação da população economicamente ativa, transforma-se em combustível à retroalimentação de um regime que se revela estruturado no próprio desemprego.

Esse movimento abrange a relativização da imperatividade das normas heterônomas estatais, inclusive sobre duração do trabalho, além de compreender o movimento de redução do patamar protetivo das próprias leis trabalhistas e de aumento do poder diretivo do empregador, o *jus variandi*, resultando, particularmente, em maior adstrição temporal do trabalhador ao vínculo empregatício.

Pragmaticamente, verifica-se que as justificativas favoráveis ao movimento flexibilizatório moderno liga-se à submissão voluntária do trabalhador às respectivas medidas. Considerando-se que essa espontaneidade destoa da regra geral em países com baixos patamares salariais, como Brasil e Portugal, aspectos como motivação no emprego, redução do absenteísmo e atratividade do posto não se compatibilizam com as realidades analisadas, limitando-se o movimento apenas ao barateamento da mão de obra, haja vista que os propalados aumento de produtividade e redução do desemprego não têm tido confirmação robusta na doutrina. Pelo contrário, figuras relevantes como o trabalho suplementar e os regimes compensatórios (banco de horas e adaptabilidade, por exemplo) têm se mostrado efetivamente contrárias à persecução do pleno emprego.

O cenário socioeconômico luso-brasileiro tem evidenciado, portanto, a virtude da regulação de patamares mínimos de proteção das normas justtrabalhistas, especialmente, dos tempos de trabalho. Por outro lado, a flexibilização desmedida e a desregulamentação de direitos trabalhistas não se têm orientado ao princípio da progressividade social.

No plano jurídico internacional, constata-se a preocupação secular, carregada pela OIT e endossada por documentos como a Declaração Universal de Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o estabelecimento de patamares mínimos de proteção do tempo de trabalho, por meio da limitação da jornada e da garantia a períodos de descanso.

A União Europeia também volta suas atenções à temática. Motivada sobretudo pelo combate ao dumping social, acirrado com a dissolução da URSS, a UE, no entanto, carece de uma orientação clara de seus propósitos, haja vista o caráter cambiante de suas Diretivas, ora protetivas, ora mais afinadas com o discurso liberalizante de instituições como OMC, FMI e BCE. O resultado é uma mudança de

foco da normativa comunitária acerca do tempo de trabalho, direcionado no aspecto da competitividade empresarial, em detrimento das pautas clássicas, de busca por melhores condições de trabalho e por aumento do emprego.

O panorama prático, por sua vez, retrata o exercício de jornadas excessivas de trabalho em países periféricos, e, nos países economicamente desenvolvidos, a redução quantitativa atrelada com o crescimento de contratos atípicos de trabalho e regimes flexibilizados de jornada, a exemplo da experiência norte-americana e das nações centro-nortistas da Europa.

No estudo comparado entre os sistemas brasileiro e português, verificou-se a proximidade das duas realidades jurídicas quanto à regulação dos tempos de trabalho, desde a afinidade constitucional até o processo de flexibilização experimentado após a crise financeira de 2008, a destacar o alargamento da autonomia privada negocial e da disponibilidade do trabalhador, bem como a maior maleabilidade dos limites de jornada.

Sob o enfoque estrutural, restou possível constatar, não obstante a ausência de antinomias substanciais nos ordenamentos jurídicos analisados, o comprometimento da unidade dos respectivos sistemas, tendo em vista que as reformas levadas a efeito pela Lei 13.467/2017, no Brasil, e pelo CT de 2009 e sua Lei revisionista 23/2012, em Portugal, desafiaram a relação hierárquica guardada com as respectivas constituições, cujos textos não sofreram alterações respeitosamente à matéria.

Haja vista o caráter analítico da tutela dos tempos de trabalho e de não trabalho na CF, bem como o enfoque outorgado a uma verdadeira política de saúde pública envolvendo a matéria, verifica-se maior comprometimento da coerência (unidade) do sistema jurídico brasileiro quanto contraposto aos impactos sentidos com as alterações legislativas em Portugal. Não obstante, não se descarta o aparente abalo da proteção constitucional portuguesa dos tempos de trabalho, na medida em que a maior maleabilidade da jornada obreira contrapõe-se frontalmente com o compromisso de promoção da personalidade por meio, principalmente, da conciliação da vida profissional com a privada.

Como se vê, os movimentos legislativos brasileiro e português têm acompanhado os influxos da doutrina econômica dominante, impondo sobre o Direito do Trabalho a culpa pela entropia neoliberal. A flexibilização com vistas à diminuição dos custos com o trabalho tem sido o modelo utilizado para salvaguardar a competitividade das empresas.

O aumento do protagonismo das empresas multinacionais, a ofuscar parcela importante da soberania das nações, sobretudo aquelas sufocadas em dívidas públicas, a exemplo de Brasil e Portugal, relegou a um posto secundário as funções progressistas do Direito Laboral, voltadas à melhoria das condições de trabalho, e elevou o seu papel conservador, enquanto base de continuidade do próprio sistema capitalista.

A consolidação de figuras como regimes de adaptabilidade, bancos de horas, trabalho intermitente e sobrejornada, tendentes a dismantelar a clássica fronteira entre tempo de trabalho e de não-trabalho, permear progressivamente os períodos de descanso com trabalho efetivo e estabelecer a jornada de trabalho em termos médios cada vez mais alargados logra contribuir para a desestabilização da vida privada do trabalhador e a intensificação do trabalho, além de comprometer a eficácia das políticas macroeconômicas de fomento ao emprego.

Enquanto a iniciativa privada se beneficia imediatamente da reestruturação das bases do Direito Laboral moderno, trabalhador e Estado subjugam-se por um sistema que, sem contrapesos racionais, caminha para o naufrágio a médio prazo.

O alento ao movimento flexibilizatório do Direito do Trabalho brasileiro tem se reservado ao trabalho hermenêutico dos tribunais trabalhistas, haja vista as inúmeras orientações jurisprudenciais editadas pelo TST, não obstante as posições conservadoras externadas na última década pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário do país.

Muito amparada na força normativa dos princípios, na vinculação da regulação do tempo de trabalho à sistemática de proteção constitucional da saúde e segurança do trabalhador, bem como na vedação ao retrocesso social, a jurisprudência manteve a flexibilização da jornada e dos descansos em patamares constitucionalmente

razoáveis, mediante a limitação de turnos ininterruptos de revezamento a oito horas e de regimes de compensação em doze horas por dia, a indisponibilidade absoluta do tempo mínimo de descanso intra e interjornadas etc. Esse movimento de resistência é tão evidente que a reforma trabalhista levada a efeito pela Lei 13.467/2017 logrou inverter literalmente muitos dos enunciados consagrados nos últimos vinte anos no país.

Tendo em vista a prematuridade das alterações legislativas propostas, a atividade reformista parlamentar, notavelmente despótica e desprovida de qualquer discussão pública em momento político deveras conturbado, resultará, ainda, na revisão de muitas dessas orientações. No entanto, cumprirá à jurisprudência manter a linha sólida de conformação das leis trabalhistas ao texto constitucional e à normativa internacional ratificada no país, em um exercício constante de constitucionalidade e convencionalidade.

Por outro lado, a baixa litigiosidade portuguesa, relativamente à cultura brasileira, restringe a identificação de orientações consolidadas na jurisprudência trabalhista do país. Apesar disso, percebe-se certa tendência hermenêutica reconformadora do Direito do Trabalho, que passa a ser concebido como instrumento das transformações produtivas liberais, na linha do que se tem verificado em âmbito político comunitário.

O acórdão 338/10 do TC é paradigmático quanto a esse movimento jurisprudencial português, uma vez que endossa a relativização do caráter imperativo das normas atinentes à duração do trabalho, e, conseqüentemente, o encorajamento desmedido da autonomia privada.

Confirmam-se, em grande medida, as hipóteses sugeridas ao início da pesquisa, no sentido de que a onda flexibilizatória justrabalista tanto brasileira quanto portuguesa tem sido direcionada ao *establishment*, bem como que o Direito do Trabalho tem sido reorientado como mero instrumento do capital.

A manutenção do *status quo* tem sido alçada mediante a intensificação do trabalho, o comprometimento dos descansos e o achatamento do patamar salarial, tudo isso sem sequer se cogitar de contrapartidas ao desenvolvimento socioeconômico dos Estados, haja vista as altas taxas de desemprego e o baixo desempenho das empresas nacionais, mormente as de pequeno e médio porte.

Em suma, não há sequer o sacrifício do tempo livre do trabalhador em prol da abertura de novos postos, circunstância já inaceitável, por se tratar de política de pleno emprego baseada na precariedade. Mais inaceitável ainda é a restrição desmedida dos descansos sem qualquer compensação social.

Por sua vez, a perda do protagonismo do princípio da proteção e do caráter progressista desse ramo do Direito externa-se com o trabalho reformista parlamentar alienado da sistemática de valores estabelecida nas Constituições Sociais dos Estados estudados, e com o papel reacionário cumprido pelos organismos internacionais (União Europeia, OMC, FMI e BCE, em contraponto à dedicação secular, hoje praticamente isolada, da OIT) e pelas instituições políticas internas (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário).

Considerando-se que a própria noção de sistema capitalista não se desprende da existência do Direito do Trabalho, a ofensiva instrumentalizante desse ramo jurídico coloca em risco a própria subsistência última do regime. A reflexão crítica de movimentos flexibilizatórios das relações laborais, por entoarem enfaticamente a autonomia privada, e, conseqüentemente, o resgate do Direito Civil, joga luz à potencialização dos efeitos deletérios daí advindos quando sensibilizados por Estados já fragilizados no desafio de proporcionar uma distribuição equitativa de direitos e oportunidades.

Paradoxalmente, em consequência do discurso pautado no acréscimo de liberdade contratual, o trabalhador acaba carregando consigo parcelas cada vez maiores do risco do empreendimento, vendo-se tolhido do controle do próprio tempo, das relações sociais, da própria saúde, da própria vida.

Bibliografia

ALMEIDA, Tatiana Guerra De. O novo regime jurídico do trabalho intermitente. In: GOMES, J. V.; CARVALHO, C. O. (Org.). . *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?* Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 345–358.

AGÊNCIA IBGE. *Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

ALVES, Maria Luísa Teixeira. As Fronteiras do Tempo de Trabalho. In: FERNANDES, A. M. (Org.). . *Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 165–257.

AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do Trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Boitempo, 2007. v. 1.

ARMANDO, Elke Mara Resende Netto; PEREIRA, Clenio Denardini. Flexibilização e fraude no Brasil e em Portugal. *Revista Fórum Trabalhista*. Belo Horizonte, 2016. p. 51–70.

BLANPAIN, Roger. *European Labour Law*. The Hague: Kluwe Law International, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília, 2016.

CALVETE, Cássio da Silva. A redução da jornada de trabalho como solução do desemprego. *Civitas*, v. 3, n. 2, 2003. p. 417–433.

CAMANHO, Paula Ponces. Contrato de Trabalho a Tempo Parcial. In: MARTINEZ, P. R. (Org.). . *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. v. IV. p. 205–224.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira. Organização e intensificação do tempo de trabalho. *Revista Sociedade e Estado*, 2013. v. 28. p. 351–374. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200009&lang=pt>. Acesso em: 22 nov 2016.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho. In: CARVALHO, C. O.; GOMES, J. V. (Org.). . *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?* Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 359–406.

DAL ROSSO, Sadi. Crise Socioeconômica e intensificação do trabalho. In: ANTUNES, R. (Org.). . *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil II*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 43–54.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17a. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). . *Constituição da*

República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4a. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 75–93.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015.

EUWALS, Rob; HOGERBRUGGE, Maurice. Explaining the Growth of Part-Time Employment: Factors of Supply and Demand., Discussion Paper nº 1124, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=542502>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

FERNANDES, António Monteiro. As flexibilidades em geral. In: XAVIER, B. G. L.; VASCONCELOS, J. (Org.). . *O direito do trabalho nos grandes espaços*. Lisboa: Universidade Católica, 2005. p. 127–128.

FERNANDES, Francisco Liberal. A organização do tempo de trabalho à luz da Lei n. 21/96. *Questões Laborais*, nº 9/10, 1997, p. 115–177.

FERNANDES, Francisco Liberal. *O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197 a 236 do código do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. Possibilidades legítimas de flexibilização de jornadas de trabalho. *Repertório de jurisprudência IOB*, 2016. p. 605–599.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho*. v. I ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOMES, Júlio. Trabalho a tempo parcial. In: MOREIRA, A. J. (Org.). . *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 57–92.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías. El acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la Directiva 97/81/CE. In: CASAS BAAMONDE, M. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Org.). . *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. 1a. ed. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. p. 23–41.

HIRATA, Helena. Tendências recentes da precarização social e do trabalho: Brasil, França, Japão. *Caderno CRH*, 2011. v. 24. p. 13–20.

KELLIHER, Clare; ANDERSON, Deirdre. Doing more with less? Flexible working practices and the intensification of work. *Human Relations*, 2010. v. 63. p. 83–106. Disponível em: <<http://hum.sagepub.com/cgi/doi/10.1177/0018726709349199>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo. Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região*, set. 2003, p. 296–313.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 8a. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MATTEAZZI, Eleonora; PAILHÉ, Ariane; SOLAZ, Anne. *Part-time wage penalties in Europe: A matter of selection or segregation?*, ECINEQ - Society for the Study of Economic Inequality., Working Paper 250. Paris, 2012. Disponível em: <<http://www.ecineq.org/milano/WP/ECINEQ2012-250.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2016.

MELLO, Alberto de Sá e. Novos modelos de organização do tempo de trabalho - enquadramento jurídico. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, 2001. v. I. p. 317–354.

MIRANDA, Jorge; KOSTA, E. Krafft. *As constituições dos estados de língua portuguesa. Uma visão comparativa*. Curitiba: Juruá, 2013.

MOREIRA, António José. Flexibilidade temporal. In: XAVIER, B. G. L.; VASCONCELOS, J. (Org.). *O direito do trabalho nos grandes espaços*. Lisboa: Universidade Católica, 2005. p. 141–154.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Origens da regulamentação legal da jornada de trabalho. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Regime Jurídico dos Direitos Sociais dos Trabalhadores na Constituição. Análise de Caso: a estrutura normativa do direito fundamental ao salário mínimo. In: DELGADO, G. N. *et al.* (Org.). *Direito Constitucional do Trabalho - Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

PINA, José Augusto; STOTZ, Eduardo Navarro. Participação nos lucros ou resultados e banco de horas: intensidade do trabalho e desgaste operário. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 36, n. 123, p. 162–176, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572011000100017&lang=pt><<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v36n123/a17v36n123.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*. 5a. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais*. 6a. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

RÃO, Eduardo Martins. *Tempo de Trabalho no Brasil Contemporâneo: a Duração da Jornada de Trabalho (1990-2009)*. 2012. Unicamp, 2012. Dissertação de mestrado.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Breves notas críticas sobre a evolução de alguns aspectos do regime de duração e organização do tempo de trabalho. *Questões Laborais*, v. 28, n. Ano XIII, 2006, p. 219–240.

SALA FRANCO, Tomás. Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial. In: CASAS BAAMONDE, M. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Org.). *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000. p. 73–94.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, p. 60–101, 2011. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/revista/view_op=view_citation&continue=/scholar%3Fhl%3Dpt-PT%26as_sdt%3D0,5%26scilib%3D1&citilm=1&citation_for_view=jMwK6DEAAAAJ:d1gkVwhDpl0C&hl=pt-PT&oi=p>. Acesso em: 8 fev. 2018.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Como utilizar o Direito Comparado para a elaboração de tese científica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

STÜRMER, Gilberto; COIMBRA, Rodrigo. A noção de trabalho a tempo parcial no direito espanhol como um instrumento da “flexisegurança”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 2012. p. 39–57.

SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total* (trad. Tânia do Valle Tschiedel). Porto Alegre: Sulina, 2014.

TRAVERSA, Enrico. Protection of part-time workers in the case law of the Court of Justice of the European Communities. In: RUMKEVITCH, O. et al (Org.). . *The Internation Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 219–242.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial. In: CASAS BAAMONDE, M. E.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Org.). . *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 135–158.

VARANDAS, Margarete. *Políticas Económicas para a Criação de Emprego*. 2014. 29 f. Universidade de Coimbra, 2014.

VILLATORE, Marco Antônio Cesar. Trabalho a Tempo Parcial no Direito Comparado. *Genesis, Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba, 1999. v. 76. p. 536–563. Disponível em:

<[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2001/convidados/Trabalho a Tempo Parcial no Direito Comparado \(Marco Villatore\).doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2001/convidados/Trabalho%20a%20Tempo%20Parcial%20no%20Direito%20Comparado%20(Marco%20Villatore).doc)>. Acesso em: 4 jan. 2016.